

Trazos de Derecho penal

Parte especial

4ª edición

Versión actualizada con las últimas reformas del Código Penal a
fecha 7 de octubre de 2022

Alfredo Liñán Lafuente
Profesor Titular de Derecho Penal de la UNED

La presente edición digital es copyleft. Puede ser libremente copiada, distribuida y comunicada públicamente, con la única condición de citar a su autor. Excepto por éste, no podrá ser utilizada con fines comerciales.

© Alfredo Liñán Lafuente
ISBN- 978-84-617-7533-0

Introducción a la primera edición

Estos *Trazos de Derecho penal* son el fruto de varios años de docencia dedicada al Derecho penal. A través de este formato lo pongo a disposición del estudiante y del lector interesado con la finalidad de transmitir, a todo aquel que se acerque a este campo de estudio, la idea – influida, no lo niego, por los años de ejercicio profesional en Derecho penal - de que el delito no es algo ajeno y alejado de nuestra vida, sino que es consustancial a la misma.

Hagamos una reflexión durante un momento, pensemos en el último año, y valoremos cuántos delitos hemos podido cometer, sufrir, o apreciar su comisión en un entorno cercano. No piensen en los delitos más graves (contra la vida, libertad ambulatoria, etc.), céntrense en aquellos menos graves (injurias, calumnias, amenazas leves, coacciones, contra la seguridad del tráfico, contra la propiedad, etc.) y los que se pueden cometer de manera imprudente. Pocos podrán concluir que el delito es totalmente ajeno a su vida, algo que no ha de confundirse con que la conducta cometida no haya recibido la sanción penal correspondiente.

A efectos de transmitir esta idea, el presente Manual se estructura de acuerdo con la división clásica del estudio del delito, pero incluye ejemplos de aplicación jurisprudencial – que no tiene por qué ser mayoritaria en algunos casos – que muestra la aplicación práctica de determinados tipos penales. Detrás de cada sentencia citada – a veces se olvida - hay personas que, o han sufrido el delito o la condena. Nada es inventado.

Por otro lado, se incorpora al final de cada capítulo una serie de supuestos prácticos que intentan plantear situaciones plausibles sobre la comisión de distintos tipos penales, a efectos de que los estudiantes puedan resolverlos desde la cercanía del reflejo.

Soy consciente de que faltan delitos muy importantes – cohecho, omisión del deber de socorro, prevaricación, etc. – pero la experiencia me ha enseñado que un trimestre de docencia no da para mucho más. Al menos a mí, que intento utilizar las clases para diseccionar cada delito, plantear alternativas y exprimirlo hasta su agotamiento. Sé que otros profesores son capaces de explicar muchos más delitos en el mismo tiempo. Algunos nacemos lentos. No obstante, creo firmemente que aquél que aprenda la técnica del análisis de un tipo delictivo en profundidad, estará preparado para enfrentarse a cualquier otro delito. En eso fío mis esperanzas.

Al ser un Manual dirigido a estudiantes de grado me he permitido restringir al máximo las citas doctrinales, incluyendo en ocasiones los nombres

de diversos autores que han defendido distintas tesis de referencia, pero eludiendo citarlos de manera científica. Ruego no se entienda como una falta de respeto, sino como un modo de acercar al estudiante a sus ideas, sin la distancia que genera el mundo académico.

El texto se ha visto mejorado con las preguntas que los estudiantes me han planteado durante varios años y que han servido como guía para intentar enfocar determinados problemas dogmáticos del modo más comprensible posible - en muchos casos la explicación adopta la forma del ejemplo-. En todo caso, seguiré someténdome a las interpelaciones de los estudiantes para seguir mejorando este texto y otros futuros.

Von Schirach, en su genial obra de relatos titulado *Crímenes* -de lectura obligatoria a todo aquel que tenga interés por esta materia - insiste en que “la mayoría de las cosas son complicadas, y la culpabilidad es siempre un asunto peliagudo”. El delito y el delincuente son asuntos muy complejos, y aunque tengamos la suerte de no tener que juzgarlos - al menos de momento -, ello no nos exime del deber de intentar entenderlos.

La Burreanchona
Enero de 2017

Introducción a la segunda edición

Ha transcurrido un año desde que vio la luz *Trazos de Derecho Penal*. Durante este año, más de 3000 personas han accedido a sus contenidos, y cumpliendo mi obligación de actualizar y mejorar la obra, pongo a su disposición esta segunda edición, en la que se han actualizado las citas jurisprudenciales más destacadas, se han incluido nuevos delitos y se han modificado y corregido aspectos que compañeros y alumnos me han puesto de manifiesto.

En concreto, se ha añadido el estudio del delito de apropiación indebida, a los efectos de poder compararlo con la estafa y resolver casos prácticos en los que se interrelacionen estas dos figuras penales. Junto a ello, se ha incluido una lección dedicada a los delitos contra la integridad moral, como complemento de los delitos contra la integridad física y la libertad.

"Trazos" ya ha comenzado a caminar de manera autónoma, y confío en que con la ayuda de los alumnos y de los compañeros de la materia, podamos acompañarlo y actualizarlo durante muchos años. Más no se puede pedir.

Madrid.
Enero de 2018

Introducción a la tercera edición

Han transcurrido cuatro años desde que se publicó la primera edición de *Trazos de Derecho Penal*. Durante estos años, al menos 8.000 personas han accedido a sus contenidos y cumpliendo mi compromiso de actualizar y mejorar la obra, pongo a su disposición esta tercera edición, en la que de nuevo se han actualizado las citas jurisprudenciales más destacadas, se han incluido nuevos delitos y se han modificado y corregido aspectos que compañeros y alumnos me han puesto de manifiesto.

Se han incorporado las reformas introducidas por la Ley Orgánica 2/2019, de 1 de marzo, que modifica el homicidio y las lesiones imprudentes (arts. 142 .bis y 152 bis CP) y que incorpora el nuevo delito de abandono del lugar del accidente. Es previsible que dentro de poco deba actualizar nuevamente *Trazos* a raíz de la tan anunciada reforma que afectará a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, pero los vientos que por ahora soplan no son muy esperanzadores, ya que lo que se ha publicado no consigue mejorar la actual redacción de estos delitos sin crear otros problemas derivados de la modificación que se propone.

En esta edición se ha incluido el estudio del delito de administración desleal para que pueda ser comparado con el de apropiación indebida. Asimismo, se han incorporado los delitos contra la intimidad, ya que son tipos delictivos que despiertan gran interés de los alumnos – tan cercanos a las redes sociales y nuevas tecnologías –.

Confío en que esta publicación pueda ser útil a los que se acercan al Derecho penal con espíritu crítico para poder plantear mejoras a un sistema penal tan imperfecto como necesario.

La Burreanchona
Febrero de 2021

Introducción a la cuarta edición

Hace unos días escuchaba a un gran penalista decir que “una sociedad que intenta resolver sus problemas a golpe de reforma del Código Penal, es una sociedad enferma”. Tiene parte de razón, aunque en mi opinión no es la sociedad la que se encuentra enferma – al ciudadano medio le importan poco las reformas del Código Penal - , sino el sistema político y mediático actual. Todo se estropeó cuando alguien se dio cuenta que modificar el Código Penal podría dar votos. Y así estamos, con reformas – prácticamente trimestrales – donde se compite por dar satisfacción a determinadas asociaciones, grupos políticos o colectivos de presión, sin plantearse que cada coma que se cambia de este texto tiene una influencia decisiva en las personas que se ven sometidas a un proceso penal, ya como investigados/acusados, ya como víctimas.

Las sucesivas reformas que se han producido desde febrero de 2021, (siete en poco más de un año ;) hacen necesario que adapte *Trazos*. Esta cuarta edición se encuentra actualizada a fecha de octubre de 2022 e incorpora las últimas reformas del Código Penal, incluida la Ley Orgánica 11/2022 de modificación del Código Penal en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor. La última publicada hasta la fecha.

En esta edición, además de aprovechar para corregir erratas (que con tanto rigor y satisfacción se ocupa de señalarme el Prf. Dr. Ollé Sesé, a quien a pesar de todo agradezco su ayuda en la mejora del texto), actualizar la jurisprudencia e introducir nuevos supuestos prácticos, he incorporado el estudio de los delitos contra el honor, las falsedades, la inviolabilidad del domicilio, los delitos de pertenencia a organización o grupo criminal y el de tenencia, tráfico o depósito de armas o explosivos. Este último tema, a pesar de que se encuentra al final del manual, recomiendo leerlo al inicio del estudio, pues desde el primer momento surgen situaciones en donde aparecen agravantes específicas de pertenencia a una organización o grupo criminal o la tenencia de armas para cometer determinados delitos, por lo que resulta esencial conocer estos tipos penales para aplicar debidamente las relaciones concursales.

En ocasiones he recibido emails en donde los lectores del manual me piden la resolución de los supuestos prácticos, pero no las envío. Ello no se debe a mi natural pereza (al menos en esta ocasión) sino a que la finalidad que persigo dejando los casos prácticos sin resolver es que el lector llegue por sí mismo a la solución que estime adecuada, pues en la mayoría de los supuestos no es unívoca. Lo importante de los supuestos prácticos es que sirvan para que cada uno se plantee cómo resolvería el caso y si puede, que con posterioridad lo comente con sus compañeros y profesores para intercambiar argumentos jurídicos. Estudio, reflexión y aplicación son las tres columnas que soportan esta disciplina y es lo que persiguen estos esbozos de Derecho penal.

Acabo ya con el *dogal prologuístico*, como de forma brillante denominó QUINTANO RIPOLLÉS a esta parte de los libros, con la esperanza de que esta obra pueda ser útil para el estudio del Derecho penal a quienes inviertan su tiempo y esfuerzo en leerla.

La Burreanchona
Octubre de 2022

I. Índice

Homicidio	11
I. Introducción	12
II. Elementos típicos del tipo básico.....	13
Bien jurídico protegido	13
III. Homicidio agravado.....	18
IV. Homicidio imprudente.....	22
Asesinato	27
I. Introducción	27
a) Asesinato básico o tradicional	28
II. Provocación, proposición y conspiración.....	38
III. Concursos: Pluralidad de resultados	39
IV. Supuestos prácticos.	40
Participación en el suicidio	42
I. Introducción.....	42
II. Elementos comunes	43
a) Bien jurídico protegido.....	43
III. Inducción al suicidio	46
IV. Cooperación al suicidio	46
V. Cooperación ejecutiva al suicidio – Homicidio solicitado.....	49
VI. Eutanasia.....	49
VII. Difusión de la promoción del suicidio de menores de edad	50
VIII. Supuestos prácticos.	51
Aborto	52
I. Introducción.....	53
II. Elementos comunes	53
a) Bien jurídico protegido.....	53
b) Sujeto activo	54
c) Sujeto pasivo	54
d) Objeto material.....	54
e) Consumación	54
f) Elemento subjetivo.....	54
III. Conductas atípicas.....	54

IV. Supuestos típicos	57
a) Aborto sin consentimiento	57
V. Supuestos prácticos.	58
Lesiones	61
.....	61
I. Introducción	62
II. Elementos comunes	62
a) Bien jurídico protegido.....	62
b) Sujeto activo	62
c) Sujeto pasivo	63
d) Objeto material	63
e) Consumación	63
f) Conducta típica	63
g) Elemento subjetivo.....	63
h) Iter criminis	64
III. Tipo básico. Art. 147.1	64
IV. Tipo atenuado. Lesiones leves. 147.2 CP	65
V. Tipo agravado. Mayor peligrosidad. Desvalor acción. 148 CP	66
a) Medios peligrosos para la vida del lesionado.....	66
VI. Lesiones agravadas por el resultado	68
VII. Participación en riña tumultuaria.....	69
VIII. Lesiones a la esposa o mujer con relación de afectividad, aún sin convivencia, o frente a personas especialmente vulnerables con las que conviva el autor. Art.153.....	70
IX. Maltrato de obra.....	71
X. Consentimiento. Art. 155 CP	71
XI. Tráfico ilegal de órganos.....	73
XII. Promoción/incitación a la autolesión de menores de edad o personas con discapacidad.....	73
XIII. Lesiones imprudentes.....	74
XIV. Supuestos prácticos.....	75
Delitos contra la libertad	78
I. Introducción.....	78
II. Contra la libertad ambulatoria.....	78

III. Elementos comunes.....	79
IV. Detención ilegal	81
V. Secuestro	84
VI. Subtipo agravado	85
VII. Desaparición forzada de personas.....	85
VIII. Detención o secuestro cometido por funcionario público o autoridad ..	87
IX. Supuestos prácticos.	88
Contra la libertad de obrar/libre formación de la voluntad.....	89
I. Amenazas	90
a) Bien jurídico	90
II. Amenazas graves	93
III. Tipo cualificado por la intención y ejecución. 170 CP	94
IV. Amenazas menos graves o leves. 171 CP	94
a) Amenazas de un mal no constitutivo de delito. 171.1.CP	94
V. Supuestos prácticos	95
Coacciones	96
I. Introducción	97
a) Bien jurídico	97
II. Tipo básico	99
III. Coacciones leves.....	99
IV. Delito de acoso	100
V. Delito de hostigamiento a quien va a abortar - 172. quater CP	102
VI. Supuestos prácticos	103
Extorsión	104
I. Introducción	104
II. Elementos del tipo	105
a) Bien jurídico	105
Delitos contra la integridad moral	107
I. Introducción	107
II. Tipo básico del delito contra la Integridad moral.....	107
a) La penalización del insulto soez	109
III. Acoso laboral	110
IV. Acoso inmobiliario.....	111

V.	Violencia habitual en el ámbito familiar.....	111
a)	Bien jurídico	112
b)	Sujeto activo/sujeto pasivo	112
c)	La habitualidad	112
d)	Elemento subjetivo.....	113
e)	Conducta típica.....	113
VI.	Delito de Tortura. Art. 174.....	114
a)	La tortura como crimen de lesa humanidad	115
VII.	Atentado integridad moral por funcionario o autoridad.....	117
VIII.	Delito por no impedir la comisión de torturas.....	117
IX.	Supuestos prácticos	117
	Delitos contra la intimidad.....	120
I.	Introducción	121
II.	Conductas típicas en particular art.197.	124
III.	Intrusismo informático- Hacking. Art. 197.bis CP	131
IV.	Facilitación instrumentos para cometer delitos del art. 197.1, 197.2 y 197 bis CP.....	132
V.	Agravante por pertenencia a organización o grupo criminal	133
VI.	Responsabilidad penal de la persona jurídica	133
VII.	Agravante por sujeto activo. Funcionario público o autoridad	133
VIII.	Revelación de secreto en el ámbito laboral o profesional.....	133
IX.	Protección de datos reservados de las personas jurídicas	134
X.	Supuestos prácticos	135
	Delito de allanamiento de morada	137
	137
I.	Introducción	137
II.	Elementos comunes.....	137
III.	Allanamiento de morada. Art. 202 CP.....	139
IV.	Allanamiento de domicilio de persona jurídica, despacho profesional u oficina, establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de su horario de apertura. Art. 203 CP.	140
V.	Allanamiento cometido por autoridad o funcionario público. 204 CP.....	141
VI.	Concursos	142
VII.	Supuestos prácticos	143

Delitos contra la libertad sexual	145
I. Introducción	146
II. Elementos comunes	147
III. Agresiones sexuales	150
IV. Violación	156
V. Modalidades agravadas.....	157
VI. Tipo atenuado potestativo.....	163
VII. Supuestos prácticos.....	163
Delitos contra la indemnidad sexual	165
I. Delitos contra la indemnidad sexual (menores de 16 años).....	166
II. Elementos típicos	166
a) Bien jurídico protegido	166
b) Sujeto activo	166
c) Sujeto pasivo	166
d) Objeto material.....	166
e) Elemento subjetivo	167
II. Agresión sexual a menores de 16 años.	167
III. Supuestos agravados.....	168
IV. Supuesto atenuado	169
V. Hacer presenciar a un menor de 16 años actos de carácter sexual.....	169
VI. Ciberacoso sexual	170
VII. La validez del consentimiento sexual de menores de 16 años. Artículo 183 bis CP.....	173
Otros delitos que afectan a la libertad sexual	174
I. Acoso sexual.....	174
II. Exhibicionismo y provocación sexual.....	177
III. Prostitución y explotación sexual.....	179
IV. Corrupción de menores	181
V. Pornografía infantil y juvenil	181
VI. Subtipos agravados	184
a) Conductas delictivas de usuarios finales.....	185
VII. Incitación a cometer delitos sexuales contra menores. Art. 189. Bis.....	185
VII. Responsabilidad penal de la persona jurídica	186

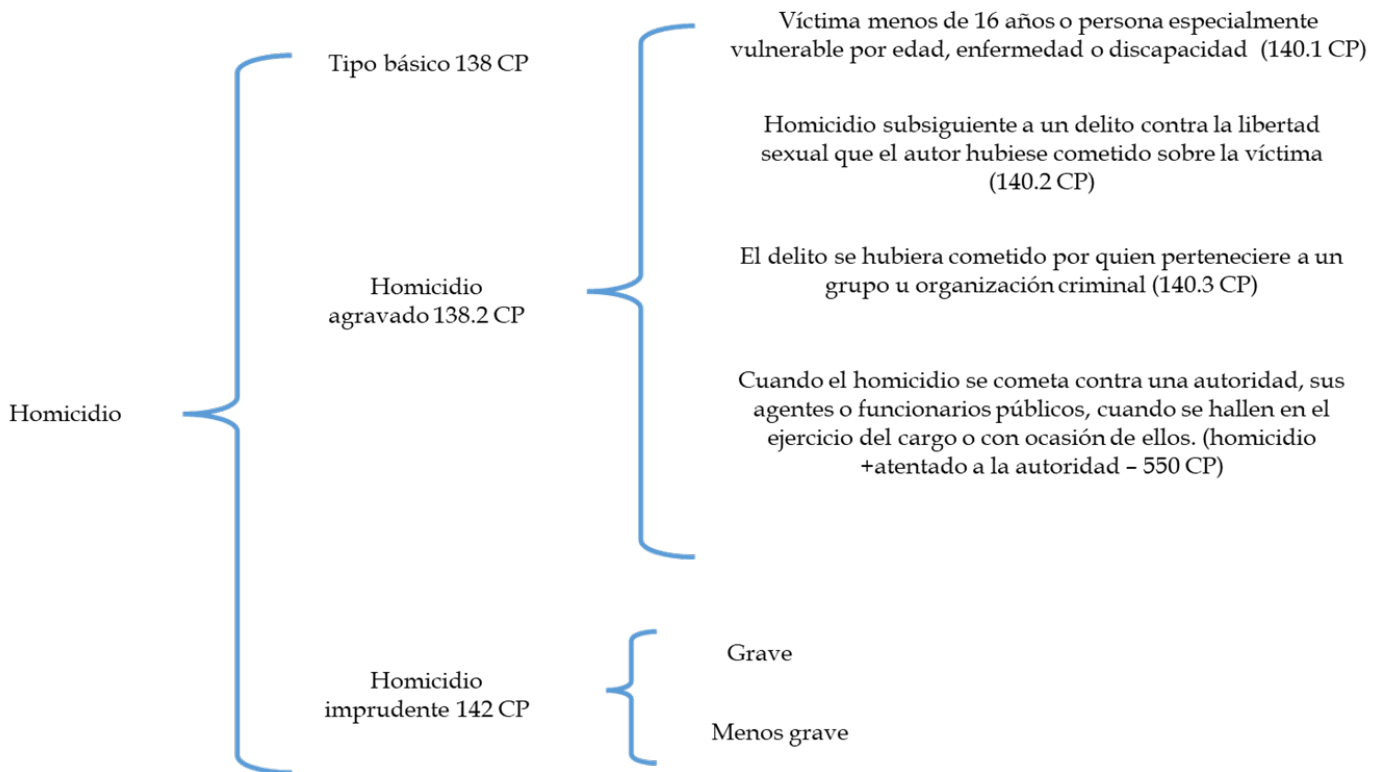
IX. Supuestos prácticos	186
Delitos contra el honor.....	189
I. Introducción	189
II. Libertad de expresión/ Información vs. Derecho al honor.....	190
III. Elementos comunes.....	192
IV. El delito de calumnia	196
V. El delito de injurias.....	200
VI. Concursos	202
VII. Continuidad delictiva	203
VIII. Prescripción y requisito de procedibilidad.....	203
IX. El perdón del ofendido	204
X. Atenuante por retractación.....	204
XI. Pena específica por precio, recompensa o promesa.....	204
XII. Supuestos prácticos.....	204
Hurto	207
I. Esquema de la conducta típica	207
II. Elementos típicos	207
a) Bien jurídico protegido.....	207
III. Conductas típicas en particular	212
IV. Furtum possessionis. 236 CP.....	216
V. Causa de justificación: El hurto famélico	216
VI. Supuestos prácticos.	217
Robo.....	218
I. Esquema de la conducta típica	219
II. Elementos típicos (aplicables los del Hurto).....	219
a) Bien jurídico	219
III. Conductas típicas en particular	219
IV. Excusa absolutoria por parentesco.....	228
V. Problemas concursales	229
VI. Supuestos prácticos	229
I. Robo y hurto de uso de vehículos.....	231
II. Usurpación.....	233
III. Supuestos prácticos	235

Estafa	237
I. Introducción	237
II. Esquema de la conducta típica.....	238
III. Elementos típicos	238
a) Bien jurídico protegido.....	238
IV. Conductas típicas en particular	245
IV. Excusa absolutoria	251
V. Responsabilidad penal de la persona jurídica	251
VI. Casos prácticos.	251
Defraudación de fluidos eléctricos o análogos	252
I. Defraudación de fluidos eléctricos y análogos.....	252
a) Bien jurídico protegido.....	252
II. Delito de uso de terminal de telecomunicaciones sin permiso	255
III. Supuestos prácticos	256
Apropiación indebida	258
I. Introducción	258
II. Elementos típicos	259
a) Bien jurídico	260
III. Tipo agravado.....	262
IV. “Apropiación casual”. Tipo residual.....	263
V. Supuestos prácticos	264
Administración desleal	265
I. Introducción	265
II. Elementos típicos	266
a) Bien jurídico protegido.....	266
III. Agravantes	269
IV. Excusa absolutoria	269
V. Supuestos para resolver	269
Falsedades documentales	272
Falsedades en documentos públicos, oficiales, mercantiles y privados.....	272
I. Elementos comunes. Arts. 390 y 392 CP.....	272
a) Bien jurídico protegido.....	272
II. Otros tipos específicos de falsedades documentales	280

III.	Delito de falsificación de certificados. 397 a 399 CP	281
IV.	Falsificación de tarjetas de crédito, débito y cheques de viaje. Art. 399 bis CP.....	283
V.	Disposiciones comunes a los artículos anteriores.	284
VI.	Supuestos prácticos	285
	Tráfico de drogas	287
I.	Introducción	287
II.	Elementos del tipo	289
a)	Objeto material	289
III.	Tipo básico. Art. 368 CP.....	293
a)	Supuestos impunes por falta de idoneidad para afectar al bien jurídico salud pública.....	293
IV.	Modalidades agravadas. Art. 369 CP.....	295
V.	Cualificación especial y responsabilidad penal de la persona jurídica. 369.bis CP.....	296
VI.	Tráfico de precursores.....	297
VII.	Atenuante por colaboración o desintoxicación. 376 CP	297
VIII.	Supuestos prácticos.....	298
	Delitos contra la seguridad vial.....	301
	301
I.	Introducción	302
II.	Elementos comunes	302
a)	Bien jurídico protegido.....	302
III.	Art. 379 CP. Velocidad excesiva o conducción bajo la influencia del alcohol o las drogas	305
IV.	Conducción temeraria. Art. 380 CP.....	309
V.	Conducción con manifiesto desprecio a la vida de los demás. Art. 381 CP	309
VI.	Regla concursal. Art. 382 CP	310
VII.	Negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia o consumo de drogas. Art. 383 CP.....	311
VIII.	Conducción sin puntos del permiso de conducción. Art. 384. CP...	313
IX.	Otras alteraciones de la seguridad vial. Art. 385 CP	315
X.	Abandono del lugar del accidente. Art. 382 bis CP	315

XI. Supuestos prácticos	317
Organización y grupo criminal.....	319
I. Introducción	319
II. Elementos generales	320
III. Supuestos agravados	325
IV. Concurso de normas.....	326
V. Atenuante por arrepentimiento, colaboración y delación.	326
VI. Consecuencias accesorias.....	327
VII. Aplicación extraterritorial.....	327
Asociación ilícita	327
I. Introducción	328
II. Elementos generales	328
III. Supuestos prácticos	334
Tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos.....	336
I. Introducción	336
II. Elementos comunes	337
III. Tenencia de armas prohibidas. Art. 563 CP.....	338
a) Conducta típica.....	339
IV. Tenencia ilícita de armas de fuego reglamentadas. Art. 564 CP.....	339
V. Depósitos no autorizados de armas o municiones. Art. 566 CP	343
a) Elemento subjetivo	344
VI. Tenencia o depósito de sustancia o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiante. Art. 568 CP.....	345
VII. Concursos.....	345
VIII. Ilícitud de asociaciones y disolución.....	346
IX. Supuestos prácticos	346

Homicidio



I. Introducción

La parte especial del Código Penal comienza tipificando el delito que ataca al bien jurídico más preciado para el ser humano: la vida, pues sin ella, otros bienes jurídicos personalísimos como la libertad, la integridad física, la salud o la libertad sexual devienen en estériles respecto de la propia víctima. Así, comienza castigando al “que matare a otro”.

El derecho a la vida se consagra en el artículo 15 de la Constitución Española¹, así como en el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 2 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos.

La protección de este derecho es total, ya que en virtud del citado artículo 15 CE, la pena de muerte queda abolida, a salvo de lo que puedan disponer las leyes militares en tiempos de guerra². Por lo tanto, ni siquiera el Estado, a través del ejercicio del *ius puniendi*, podrá acordar la muerte de una persona.

No obstante, la prohibición absoluta de matar a otro ser humano, en contra de lo que pueda parecer, es relativamente reciente en la historia de la humanidad. QUINTANO RIPOLLÉS lo pone de manifiesto del modo siguiente: *Por mucho que hoy nos parezca ser el homicidio la figura penal más obvia y, en este sentido, más natural, y así lo estimó el propio Carrara, la historia nos enseña que su consagración como tal es doctrinal y legislativamente obra, hasta cierto punto, moderna. Me refiero, claro está, al homicidio igualitario, de muerte de un hombre cualquiera por otro, no al de ciertas personas privilegiadas por su cualidad o rango. Pues en el antiguo derecho, en que rigiera como institución legal la esclavitud, la muerte del esclavo no constituyó casi nunca homicidio. Y todavía en el derecho medieval, sobre todo en el más barbarizante de los fueros, sólo a título metafórico puede hablarse de delito de homicidio, merecedor de insignificante sanción pecuniaria ...*

¹ Art. 15 CE. *Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.*

² La pena de muerte del CP Militar fue abolida por la Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempos de guerra. La exposición de motivos justifica la idoneidad de esta decisión del modo siguiente: *El artículo 15 de la Constitución española proclama que todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral y dispone la abolición de la pena de muerte salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempo de guerra. Tal excepción para determinados delitos cometidos en tiempo de guerra ha sido materializada por la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, por la que se aprueba el Código Penal Militar. No obstante, como tal excepción constitucional, no resulta obligada e imperativa sino que el legislador dispone de plena libertad para abolirla. Conforme a ello, a la propia pauta de las legislaciones de los Estados modernos en los últimos años y al espíritu y propósito del segundo Protocolo facultativo al Pacto internacional relativo a los derechos civiles y políticos, de la Resolución 1044 y de la Recomendación 1246 adoptadas por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, el 4 de octubre de 1994, la presente Ley declara abolida la pena de muerte en el Código Penal Militar, único texto legal que la contempla como pena alternativa a determinados delitos cometidos en tiempo de guerra, y suprime todas las referencias legales a la misma, haciéndola desaparecer de nuestro ordenamiento jurídico.*

II. Elementos típicos del tipo básico

a) Bien jurídico protegido

El homicidio se concreta en la conducta de “matar a otro”. Estas tres palabras engloban una serie de consecuencias que se han de analizar con detenimiento.

El bien jurídico protegido es el derecho a la vida, pues lo que se castiga es privar de vida a otro – causar su muerte -. La vida que se defiende en este tipo penal es la **vida humana independiente**, ya que la vida humana dependiente se protege en otros artículos del CP que tipifican el delito de aborto.

Por lo tanto, lo primero que se habrá de concretar es cuándo comienza la vida humano independiente³. Ésta comienza con el nacimiento de la persona, que se configura como la frontera que distingue la comisión de un delito de homicidio de la de uno de aborto. La identificación de esta frontera es esencial, pues concreta cuándo concluye la vida fetal y comienza la vida humana independiente.

Si durante el parto, el feto sale del claustro materno, y sin cortar el cordón umbilical cae a una palangana y se ahoga, ¿Se estará ante un homicidio o ante un aborto?

A la hora de interpretar cuándo comienza la vida humana independiente existen, básicamente, dos posturas jurisprudenciales y doctrinales.

- Postura tradicional: El inicio de la vida humana independiente se concreta en la finalización del parto, a través del cual se produce el ingreso en la vida jurídica a la sociedad. El parto finaliza con la separación del feto del claustro materno, identificando tal situación en el momento en que el *nasciturus* ha salido completamente al exterior. Para QUINTANO RIPOLLÉS o COBO DEL ROSAL, la separación del claustro materno se produce en el momento que comienza la respiración pulmonar autónoma, mientras otros autores como GIMBERNAT ORDEIG o MUÑOZ CONDE consideran suficiente la percepción visual del feto completamente separado para delimitar el inicio de la vida humana independiente. A pesar de que el criterio del corte del cordón umbilical se ha utilizado en ocasiones como el momento de la separación total del claustro materno, esta condición no se exige como requisito para determinar la finalización del proceso de expulsión⁴. Esta postura

³ No la vida desde el punto de vista biológico que será analizado en el epígrafe dedicado al aborto

⁴ Esta postura fue adoptada por una sentencia donde calificó como aborto la muerte de un recién nacido, que expulsado del claustro materno, se ahogó en un retrete sin cortar la madre el cordón umbilical. El Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de octubre de 1996 criticó esta postura del modo siguiente: *El Tribunal a quo señaló en su elaborada sentencia los diversos criterios con los que la doctrina caracteriza al sujeto pasivo del aborto y se inclinó por el que acuerda mayor amplitud conceptual al mismo, es decir, el que marca la cesura entre el aborto y el homicidio en la vida posterior a la separación completa del cuerpo de la madre mediante el corte del cordón umbilical. Este punto de vista es producto de la noción de la vida del siglo XIX. De acuerdo con ella el nasciturus sólo tenía una esperanza de vida, pues ésta era caracterizada por la respiración autónoma del recién nacido. Es sumamente discutible que este punto de vista se corresponda con los conceptos biológicos o con los jurídicos*

coincide con la interpretación de la adquisición de la personalidad civil, pues el Código Civil establece en su artículo 30 que *La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno*⁵.

- Postura alternativa: Existe otra parte de la doctrina que delimita el inicio de la vida humana independiente al terminar la vida fetal, considerando que ésta concluye con el inicio del parto. El inicio del parto se concreta con el inicio del periodo de dilatación, que es cuando el cuerpo de la mujer comienza el proceso de expulsión del feto. Esta postura, defendida por autores como HUERTA TOCILDO o BACIGALUPO ZAPATER ha sido adoptada en alguna ocasión en el Tribunal Supremo, como en la Sentencia de 29 de noviembre de 2001, donde se afirmaba que: *Con el comienzo del parto se pone fin al estado fetal. Este periodo comienza con el periodo de dilatación y continúa con el periodo de expulsión, de manera que desde dicho momento se pone en peligro no la vida del feto sino la de una persona.*

La aplicación de una u otra doctrina puede ser esencial en la resolución de los casos. En 2017, una mujer decidió tener a su hijo en casa. El médico le advirtió que el parto era de alto riesgo y que al hacerlo ponía en riesgo la vida del hijo. A pesar de ello, decidió hacerlo. El parto se complicó en casa y a pesar de llamar a los servicios de urgencia, el niño murió durante el periodo de expulsión. ¿Sería un aborto imprudente? Y por lo tanto impune para la madre, o un ¿homicidio imprudente? La diferencia radica en cuándo considerar que ha comenzado la vida humana dependiente, si durante el periodo de dilatación (homicidio) o con la expulsión total del seno materno (aborto).

También resulta polémico determinar cuándo termina la vida humana independiente. Obviamente será con la muerte, pero ¿Cuándo se produce la muerte de una persona? Tradicionalmente ésta se identificaba con la aparición de signos negativos de vida (cese de respiración pulmonar, de actividad cardiovascular, etc.). De cara a concretar lo más posible esta frontera, importante sobre todo en el ámbito del trasplante, se ha de acudir al Real Decreto 1723/2012 de 28 de diciembre de 2012, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad. En el artículo 9 de dicho Real Decreto se aprecia que: *La muerte del individuo podrá certificarse tras la confirmación del cese irreversible de las funciones circulatoria y respiratoria o del cese irreversible de las funciones encefálicas.*

El bien jurídico vida es **indisponible**, lo que conlleva a concluir que el consentimiento del sujeto pasivo para que se acabe con su vida no sería

actuales, pues biológicamente es claro en la actualidad que la vida existe desde el momento de la concepción y jurídicamente es protegida hasta el comienzo del nacimiento como vida humana en germen.

⁵ Tradicionalmente el art. 30 CC exigía además que el sujeto que hubiere nacido tuviera forma humana y viviese 24 horas fuera del claustro materno.

válido a efectos de eliminar la antijuridicidad de la conducta. No obstante, se ha de tener en cuenta en que el derecho a vivir no conlleva la obligación de vivir, pues como resumiera KAUFMANN, *cierto que el individuo tiene obligación frente a la comunidad, pero solo en tanto que vive; sin embargo no tiene frente a la comunidad la obligación de vivir.*

b) Sujeto activo

El homicidio es un delito común. Cualquier persona podrá ser sujeto activo del mismo en calidad de autor.

c) Sujeto pasivo

Cualquier persona puede ser sujeto pasivo del delito (ha de estar viva, ya que no se puede matar lo que ya está muerto). Se ha de tener en cuenta que la protección penal actúa con independencia de la viabilidad de la vida. Todo ser nacido vivo, cualesquiera que sean sus características morfológicas o anatómicas, puede ser sujeto pasivo del delito de homicidio.

En ocasiones, las características del sujeto pasivo servirán para agravar la penalidad del homicidio. Ello sucede cuando el sujeto pasivo es menor de 16 años o sea especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad o discapacidad (art. 138.2 a) CP) o cuando sea una autoridad o funcionario público y se ataca su vida en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas (art. 138. 2. b) CP).

d) Objeto material

El objeto material y el sujeto pasivo coinciden, pues la acción homicida ha de dirigirse, necesariamente, contra el cuerpo de la víctima o su normal funcionamiento vital. En este ámbito, se habrán de aplicar los límites expuestos sobre el inicio y el fin de la vida humana independiente.

e) Conducta típica

La conducta típica, en el delito de homicidio, se concreta en la acción de “matar a otro”, lo que implica que será típica cualquier acción u omisión que provoque la muerte de otra persona.

Debido a que el homicidio es un delito de resultado, éste podrá ser cometido por omisión, cuando el sujeto que no evita la muerte de otra persona, pueda ser tenido por garante ex artículo 11 CP⁶

Una madre puede acabar con la vida de su hijo recién nacido, envenenándole o no dándole de comer. El resultado es el mismo, pero una de las conductas es activa y la otra omisiva de un deber.

⁶ Art. 11 CP Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

f) *Iter criminis* y elemento subjetivo

El homicidio es un delito de resultado que se consuma con la muerte del sujeto pasivo. Como tal, es un delito en donde se pueden apreciar supuestos de tentativa cuando, a pesar de que el sujeto activo realizó todos o parte, de los actos tendentes a producir el resultado, finalmente éste no se produjo.

Juan pega tres tiros a Manuel, pero debido a la rápida intervención de los servicios médicos, Manuel salva la vida.

José envenena la comida de María con cianuro, con la intención de deshacerse de ella y cobrar su herencia. María, al ir a comer, detecta un olor raro en la comida y la tira.

José le quita la pistola a un policía que le iba a detener y dispara la pistola apuntando la cabeza del policía. La pistola estaba descargada⁷.

El homicidio se puede cometer con dolo directo, aunque es habitual encontrar situaciones donde se castiga su comisión con dolo eventual. El homicidio imprudente se encuentra expresamente tipificado, por lo que se castigará la causación de una muerte con imprudencia grave o menos grave.

Las situaciones más conflictivas son aquellas en las que se producen unas lesiones graves de resultado incierto que, finalmente, producen la muerte de la víctima. Estas situaciones se tipificaban, en pasados Códigos Penales, como homicidios preterintencionales, identificándose éstos con la conducta dolosa dirigida a la causación de lesiones, que con posterioridad producen la muerte.

En estas situaciones resulta esencial analizar el riesgo asumido *ex ante* por el actor, aplicando las normas de la imputación objetiva. Si el riesgo de muerte era previsible y relevante, se podría castigar esta conducta como homicidio.

Manuel, en el curso de una discusión con Rubén, coge una azada y le da un fuerte golpe en la cabeza, dejando a Rubén sangrando e inconsciente en medio de un arado. Rubén murió 4 horas después, a consecuencia de las lesiones.

Pero también podría suceder que el riesgo de que la lesión causada provocase la muerte de la otra persona no fuese previsible ni relevante, aunque finalmente ésta se produzca.

Juan le da un puñetazo a Manuel, rompiéndole un pómulo y provocando que Manuel caiga al suelo y se golpee la cabeza. Esa noche, mientras Manuel duerme, se produce un coágulo a consecuencia del golpe y Manuel muere 5 días después.

En estos supuestos puede plantearse un concurso ideal entre lesiones dolosas y homicidio imprudente. Como recuerda la SAP de Zaragoza nº 427/2019, de 20 de noviembre: "*Es doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que en los supuestos de lesiones seguidas de homicidio, cuando se aprecia que el agente no tuvo intención de causar un resultado de tanta gravedad como el que produjo (la muerte), se estima que al no concurrir "animus necandi" pero sí intención de lesionar, en mayor o*

⁷ En estos supuestos de tentativa inidónea, tiene importancia el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2012, que concluyó que: *El artículo 16 del Código Penal no excluye la punición de la tentativa inidónea cuando los medios utilizados valorados objetivamente y ex ante son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico.*

menor medida, se debe sancionar el hecho como concurso entre lesiones dolosas y homicidio culposo, siempre que el resultado de muerte fuere previsible..."

Por otro lado, son habituales las situaciones donde se causa una lesión grave, que podría haber ocasionado la muerte pero que finalmente no la causa. Juzgando exclusivamente el resultado se concluirá que se está ante un delito de lesiones, pero analizándolo **conjuntamente con la intención** del autor al llevar a cabo la agresión, podría plantearse que nos encontramos ante una tentativa de homicidio. En estos supuestos resulta esencial intentar averiguar el elemento subjetivo del autor, a efectos de concluir si lo que pretendía era lesionar – *animus laendi* - o existía un dolo de matar – *animus necandi* -.

SAP Vizcaya (Sección 2ª), nº 1/2013, de 2 de enero de 2013: *El elemento subjetivo de la voluntad del agente, sustrato espiritual de la culpabilidad, desempeña un papel decisivo al respecto, llevando a la estimación, como factor primordial, del elemento psicológico, por encima de la impresión que resulte del meramente fáctico. Naturalmente que aquél habrá de deducirse de una serie de datos empíricos, muchos de ellos de raigambre material o física, a través de los cuales se habrá de descubrir el auténtico "animus" del agresor, y ello a pesar de su relatividad y de la advertencia de las dificultades derivadas de la igualdad objetiva y equivalencia del bien jurídico vulnerado en la mayoría de las ocasiones, (integridad física del agredido), que no trascendió en su ejecución de la forma imperfecta.*

El delito de homicidio exige en el agente un "animus necandi" o de matar, que por escapar a una pura aprehensión intelectual, en tanto que pertenece a la esfera más íntima del sujeto, sólo puede inferirse atendiendo a los elementos circundantes a la realización del hecho, no sólo a los coetáneos que acompañaron a la acción, sino también a los precedentes y subsiguientes, como estimables referencias capaces de reconducirnos al estado anímico del sujeto permitiendo pasar de la apreciación de datos objetivos y externos, -desentrañando su verdadera y oculta significación-, al conocimiento de la actitud psicológica del infractor y de la verdadera voluntad impulsora de sus actos.

La prueba del elemento intencional, por su propia naturaleza, carece de prueba directa, por lo que los tribunales acuden a la prueba de indicios, la cual parte de unos hechos objetivos para averiguar la existencia de aquello que se desconoce, que en estos casos será la intención que guio la conducta del agente. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha identificado los elementos que habrán de ser tenidos en cuenta para realizar el necesario juicio de inferencia:

- Las relaciones que unen al autor y a la víctima.
- Personalidad del agresor y del agredido.
- Actitudes o incidencias observadas o acaecidas en momentos precedentes al hecho, particularmente si mediaron actos provocativos, palabras insultantes, amenazas de males que se anuncian, tono fugaz o episódico de las mismas o porfía o repetición en su pronunciamiento.
- Manifestaciones de los intervinientes durante la contienda y del agente causante, tras la perpetración de la acción criminal.
- Clase, dimensiones o características del arma empleada y su idoneidad para matar o lesionar; región de la anatomía hacia donde la agresión fue dirigida, con apreciación de su vulnerabilidad y de su carácter más o menos vital.
- Insistencia o reiteración de los actos atacantes.
- Conducta posterior observada por el infractor.

STS de 19 de junio de 2003: *Conforme a una reiterada doctrina de esta Sala, desde el punto de vista externo y puramente objetivo un delito de lesiones y un asesinato u homicidio frustrado son totalmente semejantes. La única y sola diferencia entre uno y otro radica en el ánimo del sujeto, que en uno tiene tan sólo una intención de lesionar y en el otro una voluntad de matar. Es el elemento subjetivo, personal e interno lo que diferencia que unos hechos aparentemente idénticos puedan juzgarse como lesiones, por concurrir en ellos el "animus laedendi" o como homicidio por existir "animus necandi" o voluntad de matar. La intención con la que actúan las personas pertenece a la intimidad del sujeto, de modo que, salvo una manifestación veraz del interesado, únicamente cabe rastrear aquella voluntad mediante análisis y ponderación de cuantos datos objetivos hayan sido acreditados en la causa de los que pueda inferirse aquel ánimo, mediante una prueba indirecta e indiciaria, a través del correspondiente juicio axiológico o de valor, partiendo del conjunto de circunstancias que hayan rodeado la perpetración del hecho -instrumento utilizado, zona afectada, número y gravedad de las lesiones, etc.-, teniendo en cuenta además cuantos actos del agresor, anteriores, simultáneos o posteriores a la acción, ofrezcan alguna luz sobre el pensamiento que le guio.*

III. Homicidio agravado

La Ley Orgánica 1/2015 ha incluido nuevos supuestos, en el artículo 138.2 CP donde entre el homicidio y el asesinato, se sitúa la figura intermedia del homicidio agravado en función del sujeto pasivo, de los actos realizados con anterioridad al homicidio o debido a la pertenencia a un grupo u organización criminal del sujeto activo.

El art.138.2 CP impone la pena superior en grado a la del homicidio (de 15 años y un día a 22 años y 6 meses):

- a) *Cuando concorra en su comisión alguna de las circunstancias del apartado 1 del artículo 140. Las situaciones descritas en el artículo 140 CP serán aplicable al homicidio a pesar de que el mismo comience diciendo "el asesinato será castigado".*
- b) *Cuando los hechos sean además constitutivos de un delito de atentado del artículo 550 CP*

A continuación, se expondrán las cuatro situaciones que, según los artículos citados, podrían provocar la aplicación del tipo de homicidio agravado.

a. Víctima menor de 16 años o persona especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad o discapacidad

Esta primera agravante fundamenta el aumento de la pena en las características específicas del sujeto pasivo. La primera situación que encontramos es un aumento por una situación objetiva, pues siempre que la víctima sea menor de 16 años se aplicará la agravante. Se intenta proteger así, de un modo reforzado, la vida de los menores⁸.

El segundo supuesto se producirá cuando concorra una situación de superioridad por parte del sujeto activo que tiene su fundamento en la vulnerabilidad de la víctima derivada de una enfermedad que merme su

⁸ Esta circunstancia entrará en concurrencia en determinados supuesto que se aplique la alevosía de menores indefensos, y podría plantear supuesto de *bis in idem*. Se analizará en el epígrafe del asesinato.

posibilidad de defensa, de una discapacidad física o mental, o de la avanzada edad del sujeto pasivo. En esta segunda situación (vulnerabilidad) parece exigirse la concurrencia del abuso de superioridad por parte del autor (contemplada en el art. 22.2 CP como agravante genérica) frente a las víctimas, que no sería extensiva a la primera situación (el menor de 16 años no tiene por qué estar en una situación de vulnerabilidad frente al autor).

b. Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual cometido contra la víctima

El homicidio se castiga de un modo agravado cuando, previamente, el autor del homicidio hubiese cometido, contra la misma víctima, en calidad de autor o partícipe, un delito contra la libertad sexual (recogidos en el Título VII del Libro II CP), que se suele concretar en agresión o abuso sexual. Parte de la doctrina considera que si se comete un delito contra la indemnidad sexual (contra menores) no se podría aplicar esta agravante, en respeto al principio de taxatividad y legalidad de la Ley penal. No obstante, parece ilógico excluir los delitos sexuales más graves (cometidos contra menores) de este ámbito de protección penal, más si cabe cuando ambos bienes jurídicos se encuentran intrínsecamente conectados⁹.

Resulta enigmática (para el que suscribe) esta causa de agravación, donde la comisión de un delito antecedente concreto contra la misma víctima se convierte en el fundamento de la agravante, pues hasta la reforma momento se castigaba en concurso real ambas infracciones, y la respuesta penológica era adecuada al desvalor causado por ambas conductas.

El homicidio debe ser subsiguiente (*Dicho de una cosa: seguir inmediatamente a otra*. Según el diccionario de la RAE), al delito contra la libertad sexual, lo que implica que debe haber concluido el acontecer delictivo del delito contra la libertad sexual para iniciar la segunda fase de la comisión, de este delito complejo (primero agresión sexual y luego homicidio). Si la persona muere durante la comisión del delito contra la libertad sexual (mientras viola a la víctima, la estrangula), no sería aplicable el delito complejo, en respeto al principio de legalidad y taxatividad, pues el homicidio no se ha cometido de manera subsiguiente sino concurrente. En este supuesto, habría que acudir al concurso de delitos para su resolución.

Este supuesto se ha planteado en la STSJ de Andalucía de 12 de diciembre 2017. Se enjuician unos hechos donde el acusado encontró drogada a una mujer, y tras penetrarla con un objeto romo, ésta muere a causa de la hemorragia que le produjo. En primera instancia, la Audiencia Provincial lo condenó a 15 años por el delito de agresión sexual con penetración (15 años) y otro de asesinato (24 años). El Ministerio Fiscal recurrió interesando la imposición de la prisión permanente revisable. El TSJ lo rechaza con la siguiente argumentación: *Ciertamente la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 1/2015, introdujo la*

⁹ El título VII del Capítulo II del CP se titula “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”.

mencionada pena para aquellos delitos de extrema gravedad en los que se reclaman una pena proporcional al hecho cometido, constituyendo de esta manera un subtipo hiperagravado para supuestos excepcionales. En tal sentido, la inclusión del mencionado precepto establece que "el asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias. 2ª. Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima". No cabe duda que el precepto puede presentar cierta vaguedad semántica, en el empleo del término "subsiguiente", de entender el mismo como de "seguir inmediatamente a otro", o por el contrario, dicho término debe atender más que a una connotación puramente temporal, a la esencia de la acción, es decir, a una íntima vinculación en la acción emprendida por el sujeto.

Entendemos que el mencionado precepto debe ser interpretado restrictivamente, no permitiendo el término "subsiguiente" una interpretación muy extensiva, de tal manera que solo sería de aplicación en el caso de existir un único proyecto criminal pluriofensivo que abarque la secuencia de un delito contra la libertad sexual y un asesinato, y siempre que el hecho típico constitutivo del asesinato se cometa no de forma coetánea, sino sucesiva a la consumación del delito contra la libertad sexual.

En el presente caso eso no es así porque la conducta que causa la muerte de Begoña comienza ya con el acto mismo de la agresión sexual, y consiste principalmente en la brutalidad de dicha agresión, sin perjuicio de que a continuación se añada una conducta de abandono o indiferencia hacia la vida de la muchacha, lo que da soporte a la apreciación (no discutida por la defensa) de un concurso real entre un delito contra la libertad sexual con dolo directo y un asesinato con dolo eventual, tal y como se desprende de del hecho cuarto de los declarados como probados.

c. Que el delito se hubiera cometido por quien pertenezca a un grupo o a una organización criminal

El fundamento de este tipo agravado parece ser la mayor peligrosidad de la comisión de los delitos de homicidio por quienes forman parte de una organización o grupo criminal. Si fuese ése, se debería haber incluido una concreción sobre las acciones delictivas a las que ha de dedicarse la organización o grupo, como por ejemplo se hace en el artículo 235.9 CP al aplicarse el tipo agravado del hurto, donde se agrava cuando el culpable *participe en los hechos como miembro de una organización o grupo criminal que se dedicare a la comisión de delitos comprendidos en este Título, siempre que sean de la misma naturaleza*. Redactado de esta forma, utilizada también en el Código Penal, el nuevo tipo agravado tendría un fundamento político criminal más sólido, que como ha sido configurado.

Con la dicción actual nos podemos encontrar varias situaciones:

- Juan forma parte de un grupo criminal dedicado al hurto de carteras en el metro. Una noche, en una discoteca, Juan discute con Miguel y lo mata. ¿Se debería aplicar el artículo 138.2 CP porque Juan forma parte de un grupo criminal a pesar de que los hechos no estén conectados? Parte de la doctrina (intentando aplicar la racionalidad a la norma), considera que el atentado contra la vida debe producirse con motivo u ocasión de sus actividades delictivas (algo que no especifica el CP), por lo que en este caso no se aplicaría el tipo agravado.
- El homicidio puede cometerlo Juan cuando está intentando hurtar una cartera en el metro, debido a que la víctima se da cuenta y lo agarra y

éste le asesta dos navajazos. En este caso se ha cometido el hecho con ocasión de las actividades delictivas, pero la finalidad de estas no es matar sino hurtar. ¿Se debería aplicar el artículo 138.2 C.P.?

En mi opinión, para que este tipo agravado tenga racionalidad jurídica se debería aplicar cuando la organización criminal haya servido para facilitar el delito de homicidio y los delitos que ésta comete estén relacionados, aun de modo tangencial, con la conducta que ha provocado el homicidio, residiendo en la mayor peligrosidad objetiva del injusto el aumento de penalidad. En el mismo sentido ÁLVAREZ GARCÍA/VENTURA PÜSCHELL consideran que: *Obviamente la ratio legis del precepto está en la mayor facilidad de los miembros de una organización (y por ello el incremento de la peligrosidad) a la hora de la comisión del hecho delictivo; evidentemente de ello se deduce que el sujeto debe cometer el delito «como miembro de esa organización», si lo hiciera como «particular» decaería el fundamento de la agravación.*

Qué ha de ser tenido por organización o grupo criminal se encuentra regulado los artículos 570 bis y 570 ter CP del modo siguiente.

- I. Art. 570 bis CP: *Se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos.*
- II. Art. 570 ter CP: *Se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos.*

La integración en una organización o grupo criminal se castiga de un modo autónomo, pero si se pena a un miembro de una organización criminal por la comisión de un homicidio y además se le castiga por el artículo 138.2 CP, ambas conductas deberían ser abarcadas por la aplicación de este tipo delictivo complejo, sin que sea posible castigar además por el artículo 570 bis o 570 ter CP sin vulnerar el principio *ne bis in idem*. En este supuesto resulta de aplicación la norma concursal recogida en el artículo 570. quater.2 CP: *En todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4.ª del artículo 8.*

d. Delito de homicidio junto con un delito de atentado

El artículo 138.2.b) CP incluye un nuevo delito complejo como tipo agravado de homicidio, cuando la acción constituya además un delito de atentado regulado en el artículo 550 C.P.¹⁰. Ambos tipos concurrirán cuando se ataque la vida de una autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, *cuando se hallen en ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas.*

¹⁰ Art. 550 CP *Son reos de atentado los que agredieren o, con intimidación grave o violencia, opusieran resistencia grave a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o los acometieren, cuando se hallen en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas. En todo caso, se considerarán actos de atentado los cometidos contra los funcionarios docentes o sanitarios que se hallen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, o con ocasión de ellas.*

El fundamento de la agravación se encuentra en la protección reforzada de determinadas personas que ejercen una función pública, por ello, para que el delito de atentado concorra no será suficiente que se ataque a una persona que es autoridad o funcionario público, sino que habrá de ser cometido en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas.

- **1ª Situación:** Pedro, una noche discute con su vecino Juan porque su perro estaba ladrando. En el fragor de la discusión, Pedro coge una escopeta de caza y dispara a Juan, muriendo este en el acto. Juan era Juez. No se aplicará este tipo agravado.
- **2º Situación:** Pedro forma parte de una organización terrorista. Entre sus objetivos se encuentra la Guardia Civil. Una tarde identifica a Pablo, que era Guardia Civil y estaba paseando de paisano con su familia. Aprovechando esa situación se acerca y mata a Pablo. Sí se aplica (“con ocasión de ella”)
- **3ª Situación:** Pedro entra en Juzgado de lo Penal 2 de Madrid, y para evitar que Juan lo Juzgue, lo mata. (Sí se aplica. “En el ejercicio de sus funciones”).

Hasta la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, cuando el delito de atentado se cometía junto con el de homicidio se castigaban ambos hechos en concurso ideal, pero a partir de esta reforma, se castigan los hechos como un delito de homicidio agravado del artículo 138.2 b) CP.

IV. Homicidio imprudente

La imprudencia que produce la muerte de otra persona puede ser constitutiva de un delito de homicidio imprudente, siempre que ésta sea grave o menos grave.

Hasta la LO 1/2015, sólo se tipificaba como delito el homicidio causado por imprudencia grave, castigándose como una falta la muerte ocasionada por imprudencia leve. Al haber desaparecido las faltas en virtud de la LO 1/2015 de reforma del Código penal, el homicidio por imprudencia leve ha desaparecido (al menos formalmente) incorporándose un nuevo concepto de imprudencia “menos grave” que cuando causa la muerte de una persona es constitutiva de un delito, lo que ha provocado la natural asimilación de la imprudencia menos grave a la imprudencia leve. La consecuencia práctica, como se averigua de la lectura la exposición de motivos de la Ley Orgánica 11/2022, de 13 de septiembre, de modificación del Código Penal en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor, es que la imprudencia leve se ha transformado *de facto* en menos grave, y, por lo tanto, la muerte ocasionada con ésta se castigará como delito.

Se ha de tener en cuenta que en los delitos imprudentes el foco habrá de ponerse en el grado y tipo de imprudencia que se ha cometido, es decir, en la intensidad de la infracción del deber de cuidado.

Loable resulta la STS de 22 de julio de 2020, por hacer un esfuerzo interpretativo ante el escurridizo artículo 142 CP para intentar delimitar los contornos de lo que se ha de entender por imprudencia menos grave. La STS de Pleno nº 421/2020 de 22 julio expone que: *En la doctrina científica, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, se pueden*

distinguir, fundamentalmente, dos posturas en torno a la elaboración conceptual de la nueva categoría de imprudencia menos grave -y su relación con la grave-. En primer lugar, la que tiende a identificar la imprudencia menos grave con la antigua leve, y junto a ella la de quienes la construyen como una tipología de imprudencia intermedia más intensa que la leve anterior, por lo que se separaría de esta última, nutriéndose de supuestos más graves y sin detraer ninguno de la imprudencia grave. En segundo lugar, la que elabora la nueva imprudencia menos grave como desgajada o separada de la grave, al alimentarse de sus conductas más leves, con las consiguientes repercusiones en el derecho transitorio centradas en la posibilidad de aplicación retroactiva de la nueva categoría como más beneficiosa.

La imprudencia menos grave no puede equipararse a la antigua imprudencia leve. Por otra parte, la nueva imprudencia menos grave tampoco se integra totalmente en la imprudencia grave, y no se nutre de las conductas más leves de la imprudencia, sino que constituye una nueva categoría conceptual. La nueva modulación de ese nivel de imprudencia delictiva contempla un matiz diferenciador de grados o niveles de gravedad; la vulneración del deber de cuidado es idéntica en una y otra y la diferencia está en la intensidad o relevancia -la imprudencia leve atípica vendría referida, por exclusión de las otras dos categorías, a la vulneración de deberes de cuidado de insuficiente entidad o relieve y de mayor lejanía a la imprudencia grave-.

La menor gravedad significa, en estos términos, partir de una previa valoración de la entidad o intensidad en la infracción de los deberes referidos, constitutivos de la imprudencia grave, que ante las circunstancias concurrentes, se degrada o desvalora.

Por tanto, la imprudencia menos grave ha de situarse en el límite superior de aquéllas conductas que antes eran consideradas como leves y que el legislador ha querido expresamente despenalizar, encontrándose supuestos que por la menor importancia y relevancia del deber de cuidado infringido, de conformidad con los requisitos objetivos y subjetivos exigidos por la jurisprudencia para ello, y a los que con anterioridad se ha hecho referencia, pueden ser considerados como menos graves.

La imprudencia menos grave puede ser definida como la constitución de un riesgo de inferior naturaleza, a la grave, asimilable en este caso, la menos grave, como la infracción del deber medio de previsión ante la actividad que despliega el agente en el actuar correspondiente a la conducta que es objeto de atención y que es la causalmente determinante, única o plural, con el resultado producido, de tal manera que puede afirmarse que la creación del riesgo le es imputable al agente, bien por su conducta profesional o por su actuación u omisión en una actividad permitida social y jurídicamente que pueda causar un resultado dañoso.

Estas nociones, naturalmente, constituyen generalmente conceptos jurídicos indeterminados, que necesitan del diseño, en el caso concreto, para operar en la realidad que ha de ser juzgada en el supuesto de autos. La imprudencia grave es, pues, la omisión de la diligencia más intolerable, mediante una conducta activa u omisiva, que causa un resultado dañoso y que se encuentra causalmente conectada normativamente con tal resultado, mediante la teoría de la imputación objetiva, que partiendo de un previo lazo naturalístico, contribuye a su tipificación mediante un juicio basado en la creación de un riesgo no permitido que es el que opera como conexión en la relación de causalidad".

La imprudencia grave, por lo tanto, será aquella en donde la infracción de las normas del deber de cuidado ha sido patente, grosera, para cualquier observador y la previsibilidad del resultado se manifiesta como posible ante la conducta desatenta del actor. Cuando sea cometida utilizando armas, vehículos o en el ámbito profesional se impondrán además las medidas de inhabilitación accesorias recogidas en el artículo 142.1 CP.

La imprudencia será menos grave, lo que implicará una penalidad menor, cuando la infracción del deber de cuidado se haya producido, pero su entidad haya sido menor y la previsibilidad del resultado no sea tan plausible como en la

grave. En este supuesto, el CP no prevé pena de inhabilitación para el homicidio cometido por imprudencia profesional, de lo que se interpreta que el legislador considera que la imprudencia profesional (un médico que no aplica la *lex artis* y se muere su paciente, un arquitecto que no calcula bien una estructura y se produce un desplome, ...) siempre tendrá la consideración de grave.

La Ley Orgánica 2/2019, de 1 de marzo, reformó el Código Penal en materia de imprudencia, estableciendo *ex lege* en el artículo 142.1CP la consideración de imprudencia grave aquella conducta que cause la muerte de una persona producida por la conducción de un vehículo a motor o un ciclomotor cuando concorra alguna de las circunstancias del artículo 379 CP, esto es:

1º Conducir a una velocidad superior a 60km/h en vía urbana o 80 km/h en vía interurbana a la reglamentariamente permitida; o

2º Conducir un vehículo a motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. Téngase en cuenta que en caso de conducir bajo los efectos del alcohol, se considerará *iuris et de iure* que se está bajo su influencia si el conductor arroja una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro.

La imprudencia menos grave, tras ser reformada en la Ley Orgánica 2/2019, se ha vuelto a modificar en virtud de la Ley Orgánica 11/2022 con una finalidad muy concreta que se cifra en eliminar el margen de discrecionalidad que tenían los jueces y establecer que, **en todo caso**, cuando el resultado dañoso se haya producido por una infracción grave de las normas de tráfico, la imprudencia ha de ser calificada como menos grave, nunca como leve. La nueva redacción es la siguiente:

Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres a dieciocho meses. Se reputará en todo caso como imprudencia menos grave aquella no calificada como grave en la que para la producción del hecho haya sido determinante la comisión de alguna de las infracciones graves de las normas de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial. La valoración sobre la existencia o no de la determinación deberá apreciarse en resolución motivada.

Ciertamente el artículo resuelve poco respecto del criterio delimitador – (será menos grave cuando no sea grave ¡!) – aunque sí incluye un requisito específico para poder activar la respuesta penal. **Este es que la imprudencia cometida por el conductor pueda ser calificada como una infracción grave de conformidad con la Ley de Seguridad Vial**¹¹. Para ello se habrá de acudir al artículo 76 de la citada Ley y contrastar si la conducta imprudente puede encuadrar en algún supuesto típico. El problema radica en que, como se verá,

¹¹ 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.

existen multitud de conductas que se consideran una infracción grave de las normas de tráfico. Ello, unido al nuevo mandato al juez de castigar **en todo caso**, los accidentes con víctimas cuando sea determinante una infracción grave de la Ley de Seguridad Vial hace prever un aumento exponencial de las condenas, que es lo que realmente parece que busca el legislador.

Ejemplo de infracciones graves, art. 76 LSV: parar o estacionar en el carril bus, en curvas, cambios de rasante, zonas de estacionamiento para uso exclusivo de personas con discapacidad, túneles, pasos inferiores, intersecciones o en cualquier otro lugar peligroso o en el que se obstaculice gravemente la circulación o constituya un riesgo, especialmente para los peatones; [...] e) Circular sin hacer uso del alumbrado reglamentario. f) Conducir utilizando cualquier tipo de casco de audio o auricular conectado a aparatos receptores o reproductores de sonido u otros dispositivos que disminuyan la atención permanente a la conducción; g) Conducir utilizando manualmente dispositivos de telefonía móvil, navegadores o cualquier otro medio o sistema de comunicación, así como utilizar mecanismos de detección de radares o cinemómetros...

RODROGUEZ LAINZ concluye su acertado comentario de esta reforma del modo siguiente: *Hay que reconocer que el precio que va a pagar la sociedad, queramos o no, va a ser especialmente costoso. Con solo recordar que de los supuestos de imprudencia menos grave punible los datos que se manejaban, entre muertes y lesiones, en el año 2019, nos decían que el 90% de los supuestos se correspondían a lesiones del 147.1 del CP (casi por regla general rectificaciones cervicales), nos podremos dar cuenta del impacto que a corto/medio plazo podría tener la aplicación literalista de una norma que pretende avanzar hacia la objetivación, en mi opinión innecesaria y excesivamente rigorista, de la responsabilidad penal por accidentes de tráfico por imprudencia menos grave. Cualquiera de nosotros, incluidos los redactores de la norma o activistas de las asociaciones que han propiciado la iniciativa parlamentaria, podrá verse involucrado en una colisión por alcance en un atasco de tráfico; y si además tenemos la mala suerte de que choquemos contra un vehículo en el que uno de sus ocupantes quiera verse indemnizado de forma bastante más generosa de lo que le correspondería conforme su clínica y su traslación al sistema de baremación obligatoria en el informe forense de sanidad o alta con secuelas, nos enfrentaremos ante una más que probable condena que, en el mejor de los casos, nos privará de nuestro permiso de conducir durante al menos tres meses. Fácil resulta preguntarse si ello reducirá realmente los índices de siniestralidad, y si con ello estamos protegiendo adecuadamente a los más débiles, llámense ciclistas o peatones; o si lo que vamos a conseguir con ello va ser simplemente forzar los acuerdos entre compañías aseguradoras o de éstas con las víctimas, bajo la auténtica espada de Damocles que supone que quien realmente sufrirá las consecuencias de la pugna de intereses y posiciones será quien podrá verse condenado como autor de un delito, privado por hasta 12 o 18 meses de su permiso de conducir y con un antecedente penal vigente hasta su extinción. ¿Realmente era tan necesaria la reforma legal?¹²*

Por otro lado, se ha de tener en cuenta tradicionalmente cuando una **imprudencia grave** causaba varias muertes, se aplicaba el criterio jurisprudencial que se inclina por el concurso ideal al considerar que existe una única infracción del deber o cuidado, por lo que la pena máxima era de 4 años de prisión.

No obstante, artículo 142 bis CP ha cambiado este paradigma, pues habilita al juez para subir la pena un grado (de 4 años y un día a 6 años de prisión) *si el hecho revistiere notoria gravedad, en atención a la singular entidad y relevancia del riesgo creado y del deber normativo de cuidado infringido, y hubiere provocado la muerte*

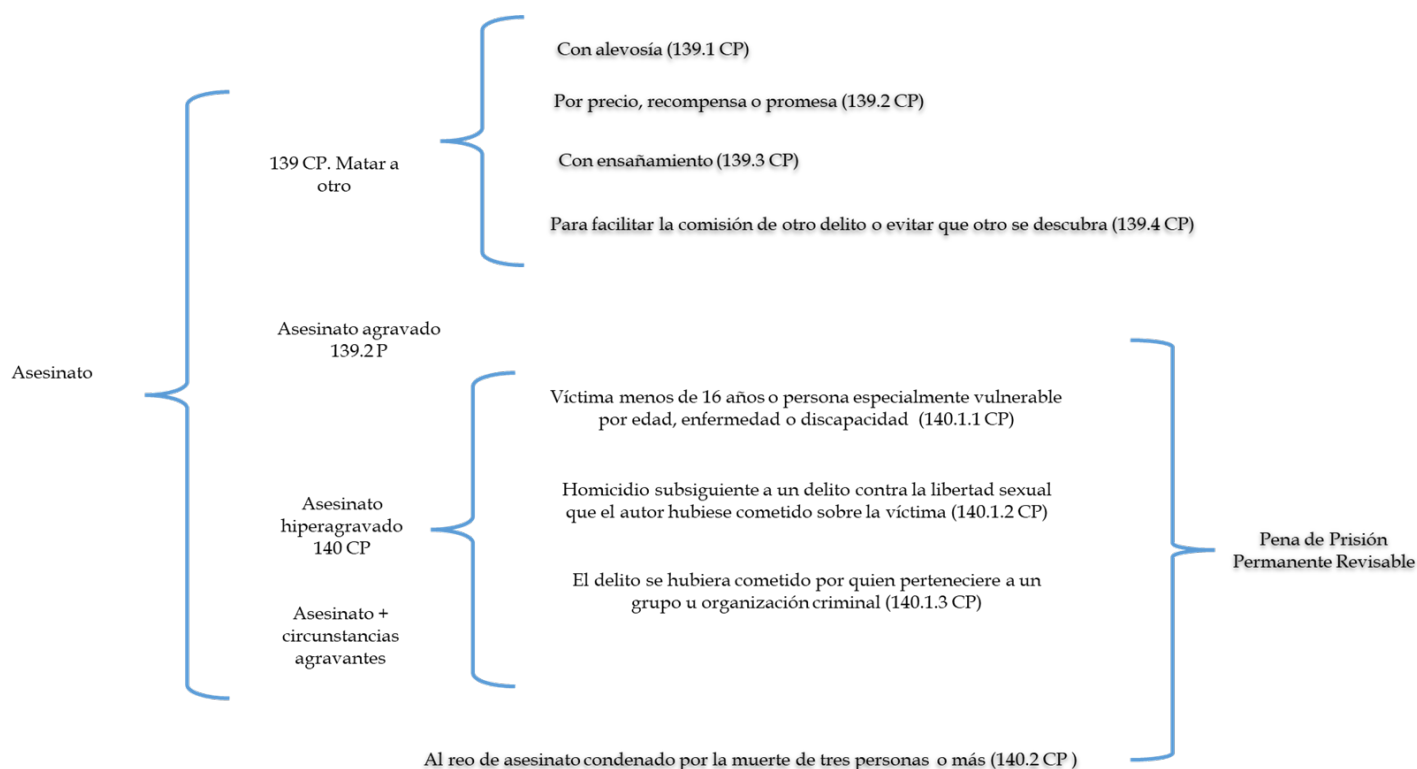
¹² RODRÍGUEZ LAINZ, J.L. *Comentario de urgencia a la reforma de los delitos leves por imprudencia menos grave en materia de tráfico en la Ley Orgánica 11/2022*. Diario la Ley. 28 de septiembre de 2022.

de dos o más personas o la muerte de una y lesiones constitutivas de delito del artículo 152.1.2.º o 3.º en las demás, y en dos grados (de 6 años y un día a 9 años) si el número de fallecidos fuera muy elevado.

Ej. Manuel, maquinista de un tren Talgo, va a trabajar sin haber descansado, pues la noche anterior estuvo celebrando la boda de su mejor amigo. En un momento concreto, Manuel se queda dormido en un trayecto y no aminora la velocidad al llegar a una curva, lo que provoca el descarrilamiento del tren y la muerte de 45 personas y las lesiones de 67 personas.

En ocasiones, el principal problema radicará en distinguir si el homicidio **se ha llevado a cabo con dolo eventual o con imprudencia**, en donde habrá de acudir, vía inferencia, a las teorías de la probabilidad y/o del consentimiento para intentar delimitar ambas situaciones.

V. Asesinato



I. Introducción

Tradicionalmente ha existido una discusión doctrinal respecto a la naturaleza del asesinato. Éste podía ser concebido como un tipo de homicidio cualificado, frente a la posición que defendía su calificación como un delito autónomo. Tras el Código Penal de 1995, que lo ubicaba en el capítulo titulado “El homicidio y sus formas” (STS 1813/2002, de 31 de octubre), se impuso su consideración como un tipo de homicidio cualificado, y hasta la LO 1/2015 era el único tipo agravado del homicidio que existía.

Tras la citada reforma, como ya se ha expuesto, se ha incluido un tipo de homicidio agravado, en el artículo 138.2 CP que en ocasiones se solapará con las circunstancias cualificantes del asesinato, regulado en los artículos 139 y 140 CP. En el vigente Código Penal nos encontramos con un asesinato “básico o tradicional” (art. 139 CP), uno agravado (art. 139.2 CP) y un asesinato “hiperagravado” (art. 140 CP) que castiga al autor con la pena de prisión permanente revisable.

O con más precisión indica la STS 102/2108, de 1 de marzo que, la nueva regulación permite distinguir tres escalones en el delito de asesinato: (i) el tipo básico del art. 139 (prisión de 15 a 25 años); (ii) el asesinato agravado del art. 139.2 (cuando concurren dos circunstancias cualificadoras: prisión de 20 a 25 años); y (iii) el asesinato hiperagravado o singularmente grave del art. 140 (prisión permanente revisable).

a) Asesinato básico o tradicional

En este delito, la conducta típica es idéntica a la del homicidio – matar a otro -. Cuando junto con esta conducta concurren determinadas circunstancias que aumenten el desvalor en la acción del sujeto, se habrá cometido un asesinato. Esas circunstancias son las siguientes:

- Alevosía.
- Precio, recompensa o promesa.
- Ensañamiento.
- Para facilitar la comisión de otro delito o evitar que se descubra.

El asesinato debe cometerse siempre de un modo doloso, no cabe la imprudencia, pues exige la conciencia e intención de utilizar determinados medios comisivos. En general se exige dolo directo en el modo de ejecutar los actos, aunque pueden darse situaciones de dolo eventual respecto al resultado.

Piénsese en un acto de tortura que se comete para obtener determinada información de la víctima, pero en el curso de la tortura el sujeto muere.

a. Alevosía

La alevosía se encuentra definida como agravante genérica en el artículo 22.1 CP, y se apreciará cuando el autor cometa el hecho empleando en su ejecución medios, modos o formas que tiendan, directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido. El fundamento de la agravante se encuentra en la mayor peligrosidad objetiva de los ataques a la vida que presentan tales características.

La alevosía se estructura en cuatro elementos:

- ✓ Objetivo: Empleo de medios que eliminen la defensa de la víctima.
- ✓ Subjetivo: Intención de asegurar la ejecución del delito, buscando la indefensión del ofendido.
- ✓ Normativo: La alevosía sólo se aprecia en los delitos cometidos contra las personas (art. 22.1 CP)
- ✓ Teleológico, que impone la comprobación de si en realidad, en el caso concreto, se produjo una situación de total indefensión, siendo necesario que se aprecie una mayor antijuricidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades (STS. 1866/2002 de 7.11 (JUR 2003, 262320)).

La esencia de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes (STS 560/2022, de 8 de junio)

La doctrina del TS distingue cuatro modalidades de cometer un acto con alevosía:

- **Proditoria:** Caracterizada por la trampa, la emboscada, la celada, el apostamiento.

Manuel espera agazapado en la umbría de un portal a Jaime, y cuando este entra descuidado en el ascensor se abalanza contra él y le clava un cuchillo.

- **Súbita:** Cuando el agente desencadena el ataque de improviso, estando totalmente desprevenido el ofendido, al cual nada en el comportamiento de aquel le permite presagiar que va a ser agredido de un modo que impida la defensa.

TSJ Cataluña. 15 diciembre 2011. *En ausencia de prueba directa y a fin de valorar el elemento esencial de esta suerte de alevosía (la sorpresa), la jurisprudencia acostumbra a tener en cuenta la descripción que los médicos forenses hubieren efectuado de las lesiones -especialmente de las llamadas "heridas de defensa"- de la víctima y, en su caso, de las heridas -"de lucha"- del acusado, así como la de los agentes de Policía que hubieren inspeccionado el lugar de los hechos, sobre el desorden existente en él o sobre cualesquiera otros vestigios indicativos de pelea, a fin de establecer si, previamente a la agresión, hubo o no algún tipo de forcejeo o contienda entre agresor y víctima, para concluir que: a') en aquellos casos en que la constatación de dichos indicios permita afirmar que la víctima se defendió de la agresión, con independencia de que esta defensa hubiera podido ser o no efectiva, quedará cuestionado el modo en que se inició el ataque, por lo que no habrá prueba suficiente de que éste fue sorpresivo o repentino (SSTS 2ª 1083/2005 de 28 sep. (RJ 2005, 7201) -FJ2 - y 863/2010 de 11 oct. (RJ 2010, 7832) -FJ3-); y b') en aquellos otros en los que la ausencia de vestigios de dicha defensa o la existencia de indicios de una defensa meramente instintiva producto de un acto reflejo, en unión, en su caso, de la etiología de las lesiones mortales (p.e. agresión por la espalda o una única lesión mortal), permitan afirmar con base en aquellos elementos de convicción que hubo un ataque sorpresivo, sí la habrá (SSTS 2ª 1717/2001 de 27 sep. (RJ 2001, 8513) -FJ2 -, 288/2005 de 4 mar. (RJ 2005, 3071) -FJ2 -, 92/2010 de 15 feb. (RJ 2011, 1951) -FJ2 - y 661/2010 de 6 jul. (RJ 2010, 7199) -FJ4-).*

- **Desvalimiento:** Se aprecia cuando el agredido se encuentra en una situación de indefensión que asegura el resultado. Concorre, por tanto, cuando la víctima se encuentra durmiendo, drogada, gravemente enferma, privada de sentido o en estado de ebriedad que impida su defensa. Existe una doctrina jurisprudencial que aplica la alevosía cuando la víctima es un niño menor de tres años. Doctrinalmente resulta controvertido considerar estas conductas como alevosa, pues el autor no ha buscado el momento adecuado para que la víctima no se defiende, ya que ésta, por sus propias circunstancias, no puede hacerlo¹³.

Tras la LO 1/2015, y la inclusión de la agravante del homicidio del artículo 138.2 a) CP, en donde se aumenta la pena cuando la víctima sea menor de 16 años o se encuentre en situación de desvalimiento, pueden producirse situaciones conflictivas con este tipo de alevosía. Piénsese en un supuesto donde se mata a una persona con una enfermedad que impide su defensa o a un niño muy pequeño. Si se considera homicidio se aplicaría el artículo 138.2 a) CP, pero si se califica como asesinato con alevosía, se ha de plantear si se aplica además la agravante del artículo 140 CP 1.1ª (al estar la víctima desvalida por razón de enfermedad o edad), lo que conllevaría a la imposición de la pena de prisión permanente

¹³ Véase el Voto Particular de la STS585/2022, de 14 de junio donde se expone el debate doctrinal y se plantea la necesidad de cambiar esta construcción jurisprudencial de la alevosía.

revisable, si no se entendiese que se ha producido un *ne bis idem* debido a que el fundamento de la agravación ha sido valorado dos veces.

Estas situaciones ha provocado el desarrollo de dos líneas jurisprudenciales. Una que consideraba incompatible aplicar la agravante de alevosía por desvalimiento de un niño pequeño (dos años) y además aplicar la hiper cualificante de ser menor de 16 años. (Vid STS 520/2018; STS 716/2018; STS 560/2022 de 8 de junio).

La otra, lo consideraba compatible al considerar que el fundamento de la agravación es distinto, uno basado únicamente en la edad de la víctima (16 años) y otro en su desvalimiento. (Vid. STS 701/2020; STS 814/2020).

La STS de Pleno nº 585/2022 ha intentado resolver esta cuestión. En esta sentencia resuelve un recurso de casación respecto de un supuesto donde un padre da una paliza a su hijo de dos años sin que la madre, que estaba presente, hiciese nada por impedirlo. Al darse cuenta de la gravedad del niño, lo llevan al hospital pero el menor muere. Tras una condena por asesinato a los padres (a la madre en comisión por omisión), se plantea un recurso de casación para que se aplique el 140. CP y se imponga la pena de prisión permanente revisable. El pleno de la Sala Segunda (con el voto particular de tres magistrados) acoge la segunda interpretación y considera compatibles ambas agravantes, condenado a los padres a la pena de prisión permanente revisable. Se transcriben a continuación algunos párrafos de la sentencia así como del voto particular, que en mi opinión es el que se debió asumir pues razona que acogiendo la interpretación de la mayoría se vulnera el principio *non bis in idem*.

STS 585/2022: Desde esta perspectiva, de lo que se trata es de responder a la cuestión de si la muerte alevosa de un menor cuya edad le inhabilita para cualquier defensa -hay menores que sí pueden defenderse-, impide un tratamiento agravado acorde con su mayor antijuridicidad. Y la respuesta ha de ser negativa. La consideración del asesinato de un niño como un presupuesto para sumar al desvalor inherente al medio ejecutivo la mayor reprochabilidad de la muerte a edad temprana, no suscita, a nuestro juicio, insuperables problemas de inherencia.

De acuerdo con esta idea, el art. 140.1.1 del CP no agrava lo que ya ha sido objeto de agravación en el art. 139.1, esto es, la muerte de una menor ejecutada con alevosía por desvalimiento. El legislador ha seleccionado, entre las distintas modalidades de asesinato en las que el autor se aprovecha de la natural incapacidad de reacción defensiva de la víctima, un grupo social muy singular, a saber, el de las personas más vulnerables y, precisamente por ello, más necesitadas de protección. Conforme a la interpretación que ahora postulamos, la muerte alevosa de un niño siempre será más grave que la muerte alevosa de un mayor de edad que es asesinado mientras duerme o se encuentra bajo los efectos de sustancias que le obnubilan. Y siempre será más grave porque el desvalor de la conducta es también mucho más intenso, sin que lo impida la regla prohibitiva de inherencia que proclama el art. 67 del CP.(...)" .

[...]En el caso actual, como resulta del relato fáctico antes transcrito, la sentencia ha estimado que concurre la modalidad de alevosía por desvalimiento al recaer la acción homicida sobre un niño de dos años y seis meses de edad, siendo por tanto, plenamente aplicable la doctrina actual y mayoritaria de esta Sala, recogida en la sentencia dictada por la Magistrada Presidenta del Tribunal del Jurado, en la que la pena de prisión permanente revisable, que resulta de aplicación del art. 140.1 del Código Penal, tiene un fundamento distinto de las agravaciones que dan lugar

al delito de asesinato, y ello por decisión del legislador, al incorporar tal pena a nuestro catálogo delictivo, pues en definitiva nos encontramos con una regla de punición especial.

Voto Particular de Martínez Arrieta y Puente Segura, al que se adhiere Del Moral:
Una cosa es que la víctima, por su propia condición o naturaleza (supuestos del artículo 140.1.1), no sea capaz de articular defensa eficaz alguna (en cuyo caso, la agravación de la pena puede estar justificada, pero no la aplicación de la alevosía); y otra, distinta, que el autor del delito aproveche la situación de quien, aunque en otras circunstancias podría hacerlo, carece, en estas, escogidas o aprovechadas por su agresor, de toda posibilidad de defensa eficaz (ataque propiamente alevoso).

Consideramos, por eso, que a la vista de la nueva regulación de los delitos previstos en los artículos 138 y siguientes del Código Penal, debió aprovechar este Tribunal para abandonar definitivamente la controvertida figura de la alevosía por desvalimiento construida exclusivamente en atención a las características personales del sujeto pasivo (menor de 16 años o persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad). Al no hacerlo, consideramos también que se produce una doble valoración peyorativa de un mismo y solo hecho (la condición de la víctima) que, por una parte, ha servido para configurar el asesinato (139.1, alevosía) y, por otra, para agravarlo (artículo 140.1.1ª). Se trata, creemos, del mismo hecho, del mismo sujeto activo y también del mismo fundamento, vulnerándose así la prohibición del ne bis in ídem, no proclamada expresamente en nuestro texto constitucional, pero que, como su máximo intérprete ha explicado repetidamente, resulta ineludible consecuencia de los principios de legalidad y proporcionalidad.

En el caso, el hecho probado relata que el acusado ejerció fuerza física sobre el menor (que contaba con dos años de edad) propinándole una paliza con golpes por todas partes llegando a oprimir el cuello con tanta intensidad que impedía que el niño entonces respirara hasta que el menor se desvaneció perdiendo la consciencia. El hecho es atroz. Mas, a nuestro parecer, debió ser calificado como un delito de homicidio agravado, de los previstos en el artículo 138.2 a) del Código Penal (pena de quince años y un día a veintidós años y seis meses, que, en gran parte se solapa con la prevista para el delito de asesinato). No se trató, por lo explicado, de un ataque alevoso. En cualquier caso, la aplicación de la alevosía, circunstancia única que conforma el asesinato y que la sentencia respalda, debió haber impedido la conjunta consideración de la circunstancia prevista en el artículo 140.1.1ª del Código Penal, so pena de incurrir en una prohibida doble valoración peyorativa.

[...] Se afirma en la sentencia que no hay vulneración del bis in ídem porque el hecho agrede dos bienes jurídicos distintos, uno la cualificación de la acción, la muerte de un desvalido, y otro que afecta al resultado, es un menor o una persona desvalida, argumentación que no desvirtúa el fundamento de nuestra oposición: la doble consideración del desvalimiento. Cuando se alude a la cualificación de la acción, la misma se fundamenta en que se atacó a quien no podía defenderse, asegurada la ejecución sin defensa alguna que pudiera proceder del ofendido en cuanto, fuera cualquiera el modo en el que hubiera sido atacado, dicha defensa no resultaría posible por la especial condición de la víctima (menor de dos años). Y el mayor disvalor del resultado se sitúa, creemos que aquí con razón, en esa misma condición del menor, como persona esencialmente desvalida, incapaz de toda defensa. En ambos casos, aunque bajo distintas etiquetas, es el mismo hecho el que se valora dos veces, frente al mismo sujeto activo y con idéntico fundamento.

[...] Recapitulando: consideramos preciso reformular la interpretación jurisprudencial de la norma, de conformidad con la modificación del tipo penal, recordando que la alevosía exige una precisión en el relato fáctico, exigiendo la descripción de una conducta del sujeto activo dirigida a procurar la indefensión de la víctima, asegurando la producción del resultado, con efectiva concurrencia del elemento objetivo, medios, modos y formas para asegurar el resultado e impedir la defensa, y el subjetivo, que son buscados por el autor, evitando la doble consideración del desvalimiento de la víctima en la subsunción de los hechos.

- **Convivencial:** La jurisprudencia reciente ha acuñado una nueva modalidad de alevosía basada en la relación de confianza que deriva de una convivencia pacífica en el domicilio y que genera una total despreocupación de la víctima frente a un ataque que pudiera provenir de la persona con la que convive (SSTS 1289/2009 de 10 de diciembre; 16/2012 de 20 de enero). *Se trata, por tanto, de una alevosía derivada de la relajación de los recursos defensivos como consecuencia de la imprevisibilidad de un ataque protagonizado por persona con la que la víctima convive día a día* (STS 716/2018). En mi opinión este tipo de alevosía, que no deja de ser una derivación de la súbita, podría aplicarse ante un primer ataque imprevisible, pero si la víctima mantiene una relación de convivencia donde ya se han llevado a cabo varios ataques, no podremos concluir que era imprevisible. En este caso, y en función de las circunstancias y del sometimiento de la víctima al agresor, podría plantearse un tipo específico de desvalimiento derivada de la indefensión de la víctima.

En ocasiones puede aparecer una situación de alevosía sobrevenida, en los supuestos en donde la alevosía no concurre al inicio del ataque, pero durante la progresión del mismo surge una situación de indefensión respecto de la víctima de la que se aprovecha el atacante. El Tribunal Supremo entiende que, para aplicar el tipo del asesinato por alevosía sobrevenida, debe darse una interrupción en la dinámica comisiva, de manera que este segundo estadio constituya una agresión diferente de la primera, en la que desde un principio esté presente el aseguramiento del éxito y la exclusión de la defensa.

Ejemplo: Juan discute con Mario y comienza una pelea. En el curso de la misma, Mario cae y queda inconsciente. Juan aprovecha entonces para ir a buscar un cable y asfixiar a Mario.

b. Precio, recompensa o promesa

Esta situación concurrirá cuando se encargue la muerte de otro a un tercero, a cambio de una remuneración económica o cualquier otra dádiva o recompensa suficiente para convencer a otro que lleve a cabo un homicidio. El fundamento de la circunstancia agravante reside en la mayor peligrosidad que supone la profesionalización del homicida (sicarios).

Para apreciar la agravante no es necesario que se haya efectuado el pago, es suficiente con que el autor obre impulsado por la expectativa de cobro o por la oferta realizada por el tercero. Por lo tanto, lo que sí se exige es un acuerdo entre las partes cuyo objeto sea causar la muerte de una persona a cambio de una contraprestación.

En el ámbito de la autoría y participación, el que realiza la oferta será castigado como **inductor** y quien comete el hecho como **autor** de un asesinato. La cuestión polémica surge al decidir si el inductor lo será de homicidio o de asesinato. La jurisprudencia, de un modo no unánime, se ha inclinado por considerar que quien ofrece el precio es inductor de un asesinato, aunque existe otra línea jurisprudencial que se aferra a que la expresión de obrar “por precio” parece determinar que sólo se debe aplicar la agravante al autor. También se ha

apuntado que, si el fundamento de la inducción radica en “ofrecer un precio”, esta circunstancia no puede ser considerada para calificar la actuación como inducción y a la vez ser valorada como una agravante (asesinato) sin vulnerar el *ne bis in idem*. Siguiendo esta última interpretación, el inductor lo sería de homicidio y el autor de asesinato.

Las dos posturas jurisprudenciales se resumen en la STS de 12 de marzo de 2012 (nº268/2012- Caso Cordovilla) del modo siguiente: *La jurisprudencia de esta Sala, cuando ha abordado la naturaleza de la agravante de precio no ha mantenido un criterio uniforme. Así, mientras en algunas Sentencias han afirmado la naturaleza bilateral de la agravación (STS 13 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 8962) y las que cita: SSTS 7-7-1983 (RJ 1983, 4109) ...se ha erradicado la apreciación de la agravante de «precio, recompensa o promesa» al inductor por respeto al principio «non bis in idem», pues cuando «la inducción o instigación aparece fundada únicamente en el ofrecimiento del precio, resulta evidente que tal merced no puede ser valorada dos veces: una como productora de la instigación y otra como circunstancia de agravación de la misma, sin vulnerar el elemental principio penal del "non bis in idem" que impide penar dos veces la conducta».*

Ej. Antonio encarga al sicario Prudencio matar a Enrique. Prudencio dispara a Enrique pero falla. Prudencio responderá como autor de una tentativa de asesinato, pero Antonio cómo deberá responder ¿cómo inductor de una tentativa de asesinato o de homicidio?

c. Ensañamiento

Existe ensañamiento cuando el autor del homicidio aumenta deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido. Dado que toda muerte violenta causa dolor, el ensañamiento habrá de incrementar sustancial e innecesariamente el dolor de la víctima, sin que éste sea necesario para causar el resultado de muerte.

El ensañamiento se encuentra tipificado como agravante genérica en el artículo 22.5 CP, donde se establece que el sufrimiento de la víctima no han de ser necesarios para la ejecución del delito. En palabras de MARTÍNEZ ARRIETA (STS 6 de octubre de 1999) *el ensañamiento es una maldad reflexiva dirigida a causar un daño añadido e innecesario, y no una ira homicida que se desahoga en la víctima que trata de acabar con ella cuanto antes y como sea.*

El fundamento del aumento del castigo se encuentra en el plus de gravedad objetiva del hecho, ya que, mediante una ejecución especialmente cruel, además de la negación del derecho a la vida, se está atentando de forma cualificada contra la dignidad o integridad moral de las víctimas. La causación del dolor ha de ser buscada de un modo doloso. Se castiga la especial desvalorización que merece la actitud interna del sujeto, su perversidad, su sadismo al incrementar innecesariamente el dolor de la víctima. El ensañamiento ha de cometerse con dolo directo, aunque existe la posibilidad de apreciar dolo eventual en el resultado.

Ej. A tortura a B para que le diga donde está escondido el botín. A no quiere que muera, pero aumenta la intensidad de la tortura para averiguar el paradero. Finalmente, B muere.

Debido a que la producción del dolor es un elemento típico, es objetivamente necesario que el sujeto pasivo sufra el aumento del dolor para apreciar la agravante, por lo que si el sujeto pasivo no está en condiciones de

experimentarlo (se encuentra inconsciente, anestesiado o ya ha fallecido) no se apreciará tal circunstancia.

La SAP de Zaragoza nº 427/2019, de 20 de noviembre, lo explica del modo siguiente: *La circunstancia agravante de ensañamiento es de apreciar cuando se producen al ofendido daños o sufrimientos no necesarios para la obtención del resultado nocivo patente en la acción, y así con ella, ha de converger necesariamente una acentuación de la voluntad dolosa del agente que, a su propósito final, añade de forma deliberada actos que aumenten el sufrimiento de la víctima y que sean contrarios al sentimiento social de humanidad (Sentencia 1892/2001, de 23 de octubre (RJ 2002, 3717)).*

En el caso de autos se recoge -como probado- que como consecuencia del primer golpe Baltasar cayó al suelo desplomado quedando inconsciente, y una vez en el suelo Luis María le dio una patada en la cara e inmediatamente se colocó encima dándole patadas en la cabeza, golpes que aumentaron deliberada e inhumanamente su dolor innecesariamente, aunque sin contribuir a la muerte de Baltasar.

Pero es que la reiteración de golpes y la intención de causar dolor no supone, sin más la circunstancia agravante de ensañamiento, y de ahí que el Ministerio Fiscal no la incluyera en su escrito de acusación, pues la tesis de las acusaciones particular y popular es producto de un concepto erróneo del ensañamiento en términos jurídicos, ya que parten de una concepción popular y no legal del ensañamiento que identifica esta agravante con la brutalidad de las acciones del autor del hecho. Sin embargo, el ensañamiento está definido en la ley por el legislador atendiendo a las circunstancias que justifican un mayor reproche jurídico-penal de la acción. En este sentido, la ley se refiere a la especial reprochabilidad que merece el sujeto que no sólo quiere matar o lesionar a la víctima, sino que además quiere procurarle un sufrimiento adicional y, por lo tanto, innecesario para la muerte misma.

Por ello para establecer la concurrencia del ensañamiento es necesario que el autor haya obrado "causando a ésta (la víctima) padecimientos innecesarios para la ejecución del delito", para aumentar su sufrimiento (art. 22.5 CP).

En los hechos probados que ha relatado el Jurado Popular dio como acreditado que como consecuencia del golpe Baltasar cayó al suelo desplomado, quedando inconsciente, dándole después Luis María una patada, puñetazos en la cara y múltiples golpes. En consecuencia, y como ponen de relieve las S.T.S de 28 de enero de 2011 (RJ 2011, 463) y 4 de febrero de 2000 (RJ 2000, 301) , si las acciones que podrían configurar el ensañamiento se produjeron estando la víctima inconsciente, no es posible entender que con ellas se haya aumentado el sufrimiento de la misma, pues en el estado de inconsciencia la víctima no puede haber experimentado el sufrimiento, que por su naturaleza requiere consciencia. Quizá el Tribunal Supremo cambie algún día el concepto de ensañamiento, pero hoy es el que se expresa.

d. Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra

Novedad introducida por la LO 1/2015, en donde se aumenta la penalidad por el hecho de matar para facilitar la comisión de otro delito o para evitar su descubrimiento.

El otro delito que se facilita puede ser cometido por el mismo que lleva a cabo el homicidio o por otra persona, ya que el tipo no exige identidad de sujetos, pero entre ambas conductas debe existir una interrelación entre los sujetos activos y una participación en el delito que se pretende facilitar. Téngase en cuenta, como advierte CARBONELL MATEU, que *en el caso de facilitación no es necesario que el otro delito comience su ejecución, ni siquiera a realizar actos preparatorios, basta con que en el plan del autor de la muerte figure dicha comisión; basta*

en fin que se actúe para facilitarla, expresión que no exige en absoluto que efectivamente la facilite; es más, ni siquiera parece exigir la idoneidad del hecho.

En el CP de 1870 se incluyó en el artículo 516. 1 CP el robo con homicidio, castigándose este hecho con pena de cadena perpetua a la muerte. Este tipo penal complejo originó semejantes problemas concursales y de autoría y participación que los que ahora nos asaltan. JIMÉNEZ DE ASÚA en 1929, al analizar el “crimen del expreso de Andalucía” – robo con dos homicidios – plantea el siguiente escenario. *Un sujeto instiga a otros a cometer un robo y juntos lo planean, sin que se hable para nada de la posibilidad de matar. El inductor del robo no toma parte en los actos ejecutivos y queda en su propio domicilio esperando el resultado. Los autores materiales dan muerte al propietario y se plantea con ello un grave problema. ¿El instigador del robo debe ser castigado como autor del delito previsto en el número 1º del artículo 516? Se plantearán a buen seguro este tipo de supuesto de “excesos” en el pactum scalaris donde se acudirá por la jurisprudencia a la “teoría de las desviaciones previsibles” (Vid. STS de 12 de marzo de 2012 nº 268/2012) que puede llevar a conclusiones injustas si se aplica como un modo laxo para ampliar la responsabilidad penal a todos los participantes de un hecho ante la desviación “previsible” del autor material.*

Mayor duda nos asalta a la hora de interpretar la segunda parte del párrafo del art. 139.1.4º CP “o para evitar que se descubra” ya que no queda delimitado si el homicidio lo que debe perseguir es, (i) evitar que se descubra el hecho delictivo o (ii) evitar que se descubra la participación en el delito. Es decir, surge la duda de si la formulación para que “no se descubra” va dirigido al hecho o al sujeto. Si fuera al hecho, no sería típico del delito de asesinato (no así de homicidio) matar a un policía que investiga un delito – *hecho ya descubierto* – y que va a descubrir al autor – sujeto -. Si fuese al sujeto – *no me descubran* – entonces este homicidio sí sería constitutivo de asesinato. Me inclino por interpretar que lo que se ha de evitar que se averigüe es el hecho delictivo, no la autoría o participación en un hecho ya descubierto, pues ello puede producirse mucho tiempo después de la comisión del hecho y la lectura conjunta del tipo penal llevaría a avalar esta conclusión, pues se castiga el homicidio “para facilitar la comisión de **otro delito**” o “para evitar que se **descubra**”. Si se preguntase al tipo delictivo ¿Qué se ha de evitar que se descubra? La respuesta es clara, “el otro delito”, no la autoría o participación en el otro delito. El tipo se refiere al hecho, no al sujeto.

Ej. Rosario facilita una operación internacional de venta de armas encubierta, y por su labor de intermediación recibe 3.000.000 €. Para evitar dejar cabos sueltos y que se pueda descubrir la operación y borrar todas las transacciones, una vez realizada la operación, mata a sus tres socios nacionales. En este supuesto, los homicidios se han cometido para evitar que el hecho delictivo se pudiera descubrir por las autoridades.

Ej. Manuel asesinó a Roque el 2017. El caso se investigó pero no se dirigió contra Manuel. El 2020 un policía descubre una evidencia que implica a Manuel y comienza a investigar. Manuel, para evitar que el policía descubra su participación en hecho ya conocido, mata a Roque. Este homicidio se ha cometido para evitar que se descubra al autor, no el hecho.

Esta interpretación parece no ser la acogida por el TS, pues aunque aún no haya resuelto expresamente sobre supuestos como los planteados, en la STS de 1 de marzo de 2018 (nº.102/2018), tras referirse a este tipo de asesinato como *homicidio crimis causae* introduce una especie del mismo, que sería cuando el homicidio se comete con el objetivo de “procurar la impunidad para sí o para otro” o con el fin de “ocultar otro delito”. Y la impunidad va referida al sujeto, no

al hecho. Esta tesis es la defendida por ÁLVAREZ GARCÍA/VENTURA PÜSCHELL, quienes acudiendo a la *ratio legis* del tipo – interés del Estado en la persecución de los hechos delictivos – plantean que: *Debe, además, ponerse de relieve que la expresión legal «para evitar que se descubra (el delito)», nos reenvía de inmediato a la cuestión de la determinación del ámbito del referente: «el delito». En este sentido el interés del sujeto activo se refiere (o se puede referir) tanto a que se descubra la existencia misma del hecho (por ejemplo, que se ponga de manifiesto la realización de un vertido ilegal), como la identidad de los participantes en el mismo, cualesquiera que sean estos. Obviamente siendo la ratio legis del precepto, como se indicó, el interés del Estado en la persecución de los hechos delictivos, y teniendo en cuenta la redacción del precepto, el delito cuya existencia quiere evitarse que se descubra y el homicidio deben estar claramente separados.*

En la práctica ya se han planteados situaciones donde la aplicación de este tipo de asesinato puede entrar en conflicto con el principio *ne bis in idem*. La STS de 1 de marzo de 2018 (nº 102/2018) resuelve un supuesto donde un sujeto mata a otra persona mientras realiza el acto sexual y luego aprovecha para robar sus pertenencias. El Tribunal Supremo casa la sentencia de instancia que condenó por asesinato (art. 139. 1º y 4º), robo con violencia y agresión sexual y condena por un delito de asesinato de los arts. 139.1.1ª y 4ª del CP en concurso medial (art. 77.3 CP) con un delito de robo con violencia de los arts. 242.1 y 2 CP, manteniendo la agresión sexual. Para llegar a esa conclusión, el TS se plantea dónde reside el fundamento de la agravación del delito de asesinato del tipo 139.1.4º CP y si se pudiera considerar que castigarlo junto con la comisión del otro delito podría vulnerar el *non bis in idem*, concluyendo que no, con base en el siguiente razonamiento:

a) *De una parte, la agravación del art. 139.1.4 CP juega también cuando el otro delito no ha llegado a iniciarse. Cuando además de la finalidad, que es lo que determina la cualificación como asesinato, se comete el otro delito es necesario para abarcar el total desvalor de la conducta proceder a la doble punición. A diferencia de lo que sucede con el delito de atentado que sí queda absorbido por el art. 138, el art. 139.1. 4ª no absorbe los delitos que puedan llegar a cometerse, y que, además, pueden ser delitos graves, menos graves y leves. No sería lógico que quedasen embebidos siempre, fuese cual fuese su intensidad, equiparando supuestos de gravedad muy diversa.*

b) *Esta constatación nos lleva a tratar de descubrir cuál es el fundamento de esa agravación. Precisamente la no diferenciación según la entidad del delito buscado o que se trata de encubrir ha permitido sostener a algún acreditado comentarista que la esencia o razón de la innovadora agravación se encuentra en que revela una intolerable banalización de la vida y del propio ser humano, convertido en mero instrumento del que puede prescindirse, para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra el delito ya cometido. Desde esa filosofía resultaría correcto asimilar todos los delitos ocultados o facilitados con la muerte sin distinguir según su gravedad: adquiere sentido no circunscribir el asesinato al propósito de cometer u ocultar un delito grave.*

Si situamos ahí la razón de la agravación se coherente bien ésta con el castigo por separado del delito cometido. La ratio de la agravación no es la comisión de otro delito, sino la consideración del móvil que lleva a acabar con la vida de otra persona. Ese móvil determina al legislador a establecer un reproche superior, independiente de la sanción que pueda merecer ese otro delito que podría ser grave, menos grave, o leve. Siempre se penará aparte del asesinato.

Quien priva dolosamente de la vida a otro simplemente porque es obstáculo para la consecución de un objetivo delictivo distinto y casi siempre menor realiza una conducta más reprochable.

El TS acoge la tesis doctrinal que defiende que la agravante reside en una mayor reprochabilidad por la banalización de la vida y del propio ser humano derivada del motivo que subyace en su acción, que lo habilita, junto con la constatación de que el tipo delictivo no modifica la pena en función de la gravedad del “otro delito”, para concluir que no existe la vulneración del principio *non bis in idem*.

Ante ello cabe preguntarse si el homicidio, en sí, no conlleva en la mayoría de los casos la banalización de la vida del otro al que se mata. ¿Realmente es más reprochable (grave) el elemento subjetivo que subyace en el artículo 139.1.4 CP que matar como represalia, para atemorizar a otro, por venganza, por placer o por motivación política o económica donde se instrumentaliza la vida del otro para conseguir el fin? El esfuerzo del TS es loable para intentar dar sentido jurídico a una figura tan compleja, pero el fundamento de la mayor reprochabilidad en la intención del sujeto no resulta satisfactorio en estricta aplicación de un Derecho penal del hecho. Sobre todo, porque como advierte CARBONELL MATEU refiriéndose a la intención de facilitar el delito, *se trata pues de un elemento subjetivo finalístico que conduce al reproche ético del Derecho penal de autor*. ÁLVAREZ GARCÍA/VENTURA PÜSCHELL advierten que, *se trata en realidad de una actualización de la vieja polémica sobre los «motivos reprochables» que – en nuestra opinión– no pueden llevar ni a mayores consideraciones de injusto ni de culpabilidad*.

Aunque se intente negar, si se castiga a alguien de manera más grave **por matar con la intención de robar, y también por el propio robo**, se está castigando dos veces un elemento común de ambos delitos. Si el mayor reproche del homicidio reside en que la intención de matar atiende a la finalidad de cometer otro delito – sea cual sea –, esta se castiga y se solapa con la propia intención de cometer el delito que se facilita con la muerte. **En pocas palabras, se castiga más gravemente porque se mata para facilitar la comisión de otro delito y se castiga también por el delito por el que se ha matado para facilitar su comisión (siempre que se haya dado inicio al mismo)**.

El problema resulta irresoluble con la actual redacción del artículo 139.1.4 CP, pues no resultaría adecuado a todo el desvalor generado castigar únicamente por el delito de asesinato, sin tener en cuenta la comisión del segundo delito; pero si se castigan ambos se incurre, en mi opinión, en la vulneración del *non bis in idem* en el elemento común de ambos delitos. Quizás pueda pensarse que esta es la menos mala de las opciones, pero el Derecho penal no puede conformarse con eso, pues tras esas decisiones trasciende la afectación al derecho fundamental de la libertad individual.

b) Asesinato agravado

Se ha de tener en cuenta, que ex artículo 139.2 CP cuando concurren dos o más circunstancias previstas en el artículo 139 CP – por ejemplo, encargar a un tercero matar a otro por un precio, especificando que éste ha de morir “entre terribles sufrimientos”, donde concurriría el precio y el ensañamiento

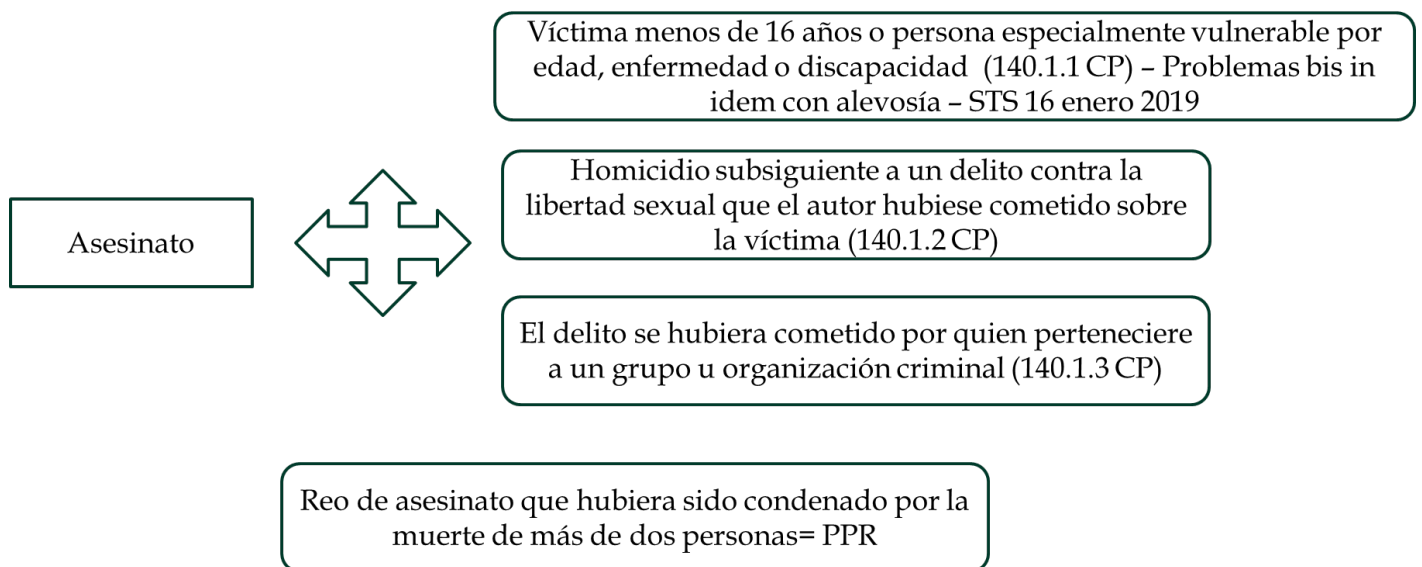
a la hora de ejecutarlo de tal modo, - se impondrá la pena en su mitad superior.

c) Asesinato hiperagravado

Cuando concorra un asesinato con una de las circunstancias agravantes del artículo 140 CP se castigará el delito con pena de prisión permanente revisable.

Para ello, lo primero que se ha de constatar es que se ha cometido un asesinato ex artículo 139 CP - muerte con alevosía, por ejemplo - y tras ello comprobar si concurre alguna circunstancia del artículo 140 CP - muerte con alevosía que se produce tras una agresión sexual, aprovechando que la víctima ha quedado inconsciente, por ejemplo.

Por último, se ha de tener en cuenta que ex artículo 140.2 CP también se castigará con prisión permanente revisable al reo de asesinato que haya causado la muerte de más de dos personas.



II. Provocación, proposición y conspiración

El artículo 141 castiga la proposición, provocación y conspiración respecto del asesinato, pero por un error del legislador en el modo de redactar la modificación del CP en 2015 han quedado destipificados los actos preparatorios respecto al homicidio.

El artículo 141 castiga la provocación, proposición y conspiración para cometer los delitos previstos *en los tres artículos anteriores*. Dado que en la reforma se ha incluido el artículo 140 bis C.P y el nuevo 140., eso ha provocado que los tres anteriores sean el 140 bis CP, 140 CP y 139 CP. Por este descuido legislativo, que aún no ha sido enmendado a pesar de las múltiples reformas del Código

Penal que se han producido tras el 2015, no se deberían castigar los actos preparatorios respecto al homicidio en respeto al principio de legalidad.

III. Concursos: Pluralidad de resultados

En situaciones donde a través de un acto se causen varios resultados, en donde de conformidad con el artículo 77.2 CP se debería aplicar el concurso ideal, la doctrina jurisprudencial ha establecido un criterio aplicable a estas situaciones respecto de los delitos contra la vida, para evitar que la respuesta penológica sea similar respecto del que mata con un solo acto (una bomba, por ejemplo) a dos o a doscientas personas (recordemos que aplicando las reglas del concurso ideal se impondría una pena, que deberá situarse en el rango de la mitad superior del delito más grave).

Esta doctrina establece que, en los delitos de homicidio, el hecho está compuesto por una acción y un resultado (muerte), y que en los delitos dolosos, habrá tantos hechos como resultados en las personas, considerándose cada resultado como una acción y resultado distinta del otro, y castigando por tanto la pluralidad de homicidios en concurso real.

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 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"*.

Por Acuerdo del TS se han ampliado los supuestos donde se aplicará el concurso real a los actos cometidos **con dolo eventual**. Así, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2015 estableció que *"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 .)"*.

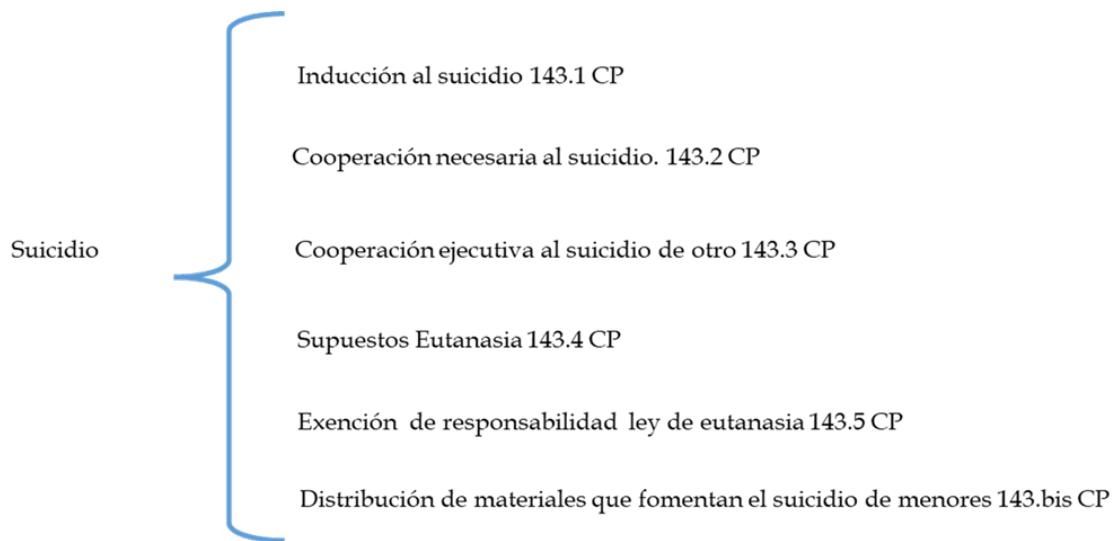
IV. Supuestos prácticos.

- 1) Manuel encuentra a José durmiendo en un sofá. Aprovechando esta situación, Manuel le corta el cuello a José. José había muerto una hora antes de un infarto y Manuel desconocía esta circunstancia.
- 2) Rosa, politoxicómana sin trabajo, es madre de un niño de 3 meses. Rosa no tiene posibilidad de darle de comer y no tiene a nadie a quien pedir ayuda, pero no quiere que a su hijo se lo quiten los servicios sociales si acude a estos. Alimenta al niño con lo poco que tiene, pero es consciente de que no es suficiente y que es muy probable que su hijo muera. Finalmente el niño fallece por desnutrición a los 4 meses de edad.
- 3) Juan, con la intención de robar a José, le aborda una noche, se abalanza contra él y le propina 7 patadas en la región abdominal y una en la cabeza. Tras esto, Juan le quita la cartera y abandona a José en la calle. José fue atendido y dado de alta tras curársele tres costillas rotas y varios hematomas. Debido a que José era alcohólico crónico y padecía cirrosis, ésta se complicó debido a los golpes recibidos, lo que provocó la muerte de José dos meses después de la agresión.
- 4) Marta, mientras su novio Manuel duerme, aprovecha para salir de la vivienda donde vivían y le prende fuego con la intención de que Manuel muera achicharrado. Manuel murió ahogado por el humo antes de que se quemara su cuerpo.
- 5) José ofrece a Jaime una motocicleta si éste mata a su hermano Rosendo. Jaime acepta, y a pesar de no haber recibido aún la moto, una noche sigue a Jaime y cuando este se dispone a cruzar la calle, lo atropella con un coche. Rosendo finalmente no muere, pero debido a las lesiones producidas se le ha de cortar una pierna.
- 6) En una manifestación en donde se realizan actos de vandalismo y ataques a las fuerzas de seguridad, un policía se dirige a Elena para detenerla, al haberla visto destrozar un contenedor. Elena, para evitar ser detenida saca una navaja y se la clava al Policía en el corazón. A consecuencia de estas heridas, el policía fallece.
- 7) Ernesto propone a Jaime matar a su jefe porque los tiene hartos. Una noche quedan para planear el homicidio, pero al día siguiente Ernesto reflexiona y decide no llevarlo a cabo. Finalmente, no hacen nada.
- 8) Juan aborda a Estrella una noche a la salida de una discoteca. Comienza a hablar con ella e intenta besarla, pero Estrella se resiste. A pesar de ello,

Juan consigue besarla un par de veces. Al irse Estrella, Juan es presa de una ira homicida y le da un golpe por la espalda, en la cabeza con el pitón de su moto. Estrella muere a causa de esas heridas.

- 9) Marcos forma parte de una organización criminal que se dedica a estafar a terceros por internet. Una noche, llega a casa y se encuentra a su pareja con otro hombre. Enfurecido, ataca al hombre con un cuchillo y le asesta 7 puñaladas. El hombre muere a causa de dichas heridas.
- 10) Lucas quiere acabar con la vida de su anciano tío, de 80 años, para cobrar su herencia. Un día lo invita a comer en un chiringuito, y tras una copiosa comida y con la esperanza de que su tío tuviese un corte de digestión, le anima a bañarse. Su tío se baña y durante el baño sufre un ataque al corazón y fallece en el acto.
- 11) Marcos conduce a 70 km/h por la Castellana. En un momento concreto, recibe una llamada y al descolgar el teléfono no aprecia que el semáforo se ha puesto en rojo y que está cruzando una persona. A pesar del frenazo, atropella al viandante y éste muere.
- 12) Pedro bebe una noche 10 cervezas con el estómago vacío. Coge el coche para ir a su casa. Conducía muy despacio por una carretera desierta. En un momento del trayecto dado se queda dormido y el coche se sale de su carril, impactando de frente con un vehículo que circulaba correctamente. En el choque mueren los 5 ocupantes del vehículo que venía de frente, pues el golpe provocó que saliera de la calzada y cayera a un río. Pedro arrojó un resultado de 0,80 mg/litro aire respirado.

Participación en el suicidio



I. Introducción

El homicidio castiga, como hemos visto, el hecho de “matar a otro”, por lo que el hecho de matarse a uno mismo no sería típico ex artículo 138 CP. El Código Penal no castiga al autor de su propio suicidio, lo cual sólo podría plantearse cuando se hubiese producido una tentativa de suicidio (*José se tira por la ventana desde un piso tercero, pero cae sobre un vehículo estacionado en la calle y no muere*), pues si el suicidio se consuma, el resultado de muerte impedirá exigir responsabilidad penal al suicida (de lo poco bueno que tiene la muerte es que acaba con la responsabilidad penal del reo, ex artículo 130.1 CP).

El suicidio es la muerte de una persona, que quiere que ello suceda y es capaz de comprender las consecuencias y circunstancias de sus actos. Existen varias razones de política criminal práctica para no castigar el suicidio, entre ellas, se plantea el efecto negativo que podría tener en una persona que ha intentado un suicidio, que se le castigue con una pena que agrave más su situación (lleve o no aparejada el ingreso en prisión), o el nulo efecto preventivo general que puede tener la imposición de una pena a una persona que ha decidido acabar con su vida.

En palabras de la STS de 28 de junio de 2017 (nº.482/2017), Quitarse voluntariamente la vida es un acto atípico, siempre que esa voluntad se haya formado libremente y se trate de persona responsable con capacidad para decidir. Es decir, cuando se trata del suicidio de un imputable.

Lo importante es que la voluntad del sujeto sea relevante. Los suicidas no son necesariamente personas de voluntad «débil», sino sujetos para los cuales, en sus circunstancias, la vida no merece ser vivida.

El suicidio es tratado por el derecho como un mal que se trata de evitar. Un acto que no se sanciona por razones empíricas, pragmáticas o de política criminal, pero que el ordenamiento considera ilícito, de ahí que se tipifiquen los actos de inducción o ayuda en el suicidio ajeno.

Pero si el CP no castiga el suicidio, sí tipifica y castiga la participación en el suicidio de otro, ya sea induciendo a un tercero a que se suicide o realizando actos de cooperación necesaria para ayudar a un tercero a que se auto mate. Ello podría encontrar su fundamento en el carácter indisponible del bien jurídico vida, y si bien el Estado ha decidido no castigar al suicida por, entre otras las razones expuestas, sí considera oportuno penar al tercero que participa en el suicidio, pues a pesar de que el portador del bien jurídico haya decidido eliminarlo, su decisión y consentimiento no faculta a que terceros participen en la muerte de otro. Por lo tanto, nos encontramos con una extraña situación donde el CP no castiga al autor del hecho y sí a los partícipes.

Debido al principio de accesoriedad, sólo podrá castigarse la participación sin autoría cuando así lo prevea expresamente el CP, como sucede en este caso. El artículo 143 castiga la inducción y la cooperación necesaria al suicidio, con una pena específica. No se contempla expresamente castigo para la complicidad, lo que provoca la imposibilidad de castigarla por aplicación, precisamente, del citado principio de accesoriedad.

En el último epígrafe del artículo 143 CP se tipifican las situaciones límites de eutanasia, donde el portador del bien jurídico sufre una enfermedad grave que producirá su muerte o padecimientos permanentes difíciles de soportar, y solicita a un tercero que acabe con su vida.

Es una figura peculiar, pues tipifica como delitos formas de participación en un hecho que resulta impune (por atípico) para el autor del mismo (el suicida).

II. Elementos comunes

a) Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido sigue siendo la vida humana independiente. Debido a su consideración como bien jurídico indisponible, el hecho de que su titular renuncie al mismo, libre y voluntariamente, no elimina la antijuridicidad de la acción, pero sí atenúa la respuesta penal que se prevé respecto de los partícipes en un suicidio ajeno.

b) Sujeto activo

Podrá ser cualquier persona, salvo el titular del bien jurídico protegido (quien se auto mata), pues el suicidio propio es una conducta atípica.

c) Sujeto pasivo

El titular del bien jurídico vida, aunque haya renunciado a ella.

d) Objeto material

El cuerpo del suicida sobre el que recae la acción.

e) Consumación

El suicidio se consuma con la muerte del suicida, pero nos hemos de plantear si ese resultado es extrapolable a los supuestos de participación en el suicidio

de otro. Ello adquiere especial importancia en los supuestos 1 y 2 del artículo 143 CP

- ✓ Si se considera que la muerte de la persona es el resultado típico del delito, la participación en un suicidio que no terminase con la muerte, se podría castigar como una tentativa de participación en el suicidio (opción elegida por AP de Vizcaya y ratificada en la STS de 30 de diciembre de 2009). No obstante, la participación como tal no quedaría intentada – la inducción o la cooperación han sido consumadas – sino el suicidio posterior que podría ser ajeno al control del partícipe.
- ✓ Un sector de la doctrina – OBREGÓN GARCÍA, entre otros – defiende que: *En estos supuestos, parece razonable entender que la muerte del suicida representa una condición objetiva de penalidad: además de la literalidad del precepto, abona esta tesis el hecho de que la producción del resultado de muerte se encuentra fuera de la voluntad (y de la acción) del sujeto activo, ya que es el propio suicida (o un tercero) el que ejecuta la acción de matar.* Por lo tanto, si el resultado de muerte no se produce, la participación en un hecho no punible – ya que la condición objetiva de punibilidad no se ha producido – no podría ser castigada.
- ✓ En opinión de el que suscribe existe otra tercera interpretación (aplicable al caso de la inducción), que considera consumada la inducción en el momento que el suicida da comienzo a la ejecución del acto que le produciría la muerte, con independencia de que se consume el suicidio. Desde esta perspectiva, la conducta típica de la inducción ha sido completa y efectiva, pues ha conseguido hacer nacer en el tercero la voluntad de suicidarse y ha comenzado su ejecución, - en la cual el inductor ya no debe participar - con independencia de que posteriormente ésta se consume o no.

Juan convence a Miguel de que su vida es un desastre, y que lo mejor que puede hacer es tirarse por un balcón. Miguel se tira, pero el impacto es atenuado por un vehículo estacionado y Miguel no muere. Según esta última interpretación la inducción estaría consumada, pues fue lo suficientemente intensa para que el autor del hecho intentase quitarse la vida.

En el supuesto del art. 143.3 CP – homicidio asistido – donde el sujeto participe aumenta su implicación y finalmente acaba ejecutando el hecho de matar, el resultado típico en esta ocasión aparece más claramente como el resultado de muerte, y en donde se representa de un modo más nítido la tentativa.

Juan pide a Pedro que acabe con su vida. Para ello, Pedro toma un narcótico y cuando Juan está estrangulando a Pedro cumpliendo la voluntad de este, entra en la habitación Javier que impide que el acto se consume. Tentativa de cooperación ejecutiva al suicidio.

f) Elemento subjetivo

Esta forma de participación ha de ser dolosa, no castigándose la participación imprudente en el suicidio de un tercero.

La participación en el suicidio ajeno, en el caso de la cooperación necesaria al suicidio, exige el conocimiento de determinadas circunstancias:

1. Conocimiento de que un tercero ha tomado, libre, voluntaria y conscientemente la decisión de suicidarse.
2. Conciencia de que ha sido solicitada su ayuda para que la otra persona muera.
3. Voluntad de cooperar con actos necesarios a ese fin, y conocimiento de que, si se ejecutan, la persona que ha solicitado la ayuda, morirá.
4. Compromiso para interrumpir la participación en el momento en que la persona que quiere morir cambie de opinión.

Si en vez de esos elementos, lo que se produce previamente es un engaño doloso en la persona para que ésta tome la decisión de matarse, estaríamos ante un homicidio en autoría mediata, pues no se ha renunciado libre y conscientemente al bien jurídico vida, sino que esta decisión ha estado condicionada por un error, causado dolosamente por un tercero.

Juan quiere que Ramón fallezca para cobrar su herencia. Juan falsifica unas pruebas médicas y convence a Ramón de que tiene una enfermedad terminal que le acarrearán muchos sufrimientos. Ramón, debido a ese error, decide suicidarse y solicita la ayuda de Juan.

El tipo tampoco abarca supuestos de auto puesta en peligro, los cuales podrían reconducirse al caso del homicidio (doloso o imprudente) cuando el resultado no sea objetivamente imputable a la víctima, o atípicos cuando sí lo son, al poder ser considerados una suerte de provocación imprudente al suicidio. Téngase en cuenta que el suicidio imprudente no se castiga, ni tampoco la participación imprudente en el suicidio.

Resulta interesante, en este ámbito, el supuesto donde una persona reta a otra a beberse una botella de whisky, la otra acepta y a consecuencia de la ingesta alcohólica fallece. La sección tercera de la AP de Córdoba sobreescribió la causa en su Auto nº. 44/1995, de 26 de septiembre bajo la siguiente argumentación: *Aplicando la anterior doctrina (imputación objetiva) al caso de autos, se puede decir a lo sumo, que Antonio J. C. creó un riesgo para la vida del fallecido Antonio L. G., quien aceptó y asumió el riesgo, por más que sus facultades estuvieran mermadas por el alcohol que ya antes había ingerido, al igual que presumiblemente el citado J. C., pero por esa circunstancia no es de recibo imputarle el resultado de la muerte de aquél, pues el mismo ocurrió fuera del ámbito de protección de la norma que se previó al dictar la norma penal.*

Podrá ser inmoral la invitación al reto, la apuesta efectuada, e incluso si el infortunado joven fuese menor de edad podría haber infracción de los reglamentos y disposiciones administrativas sobre la materia, pero más allá de una pura relación de causalidad naturalista o física no puede imputársele el resultado a J. C. Estamos ante la creación de un riesgo irrelevante penalmente. El caso no es muy distinto al que induce a otro a subir una escarpada montaña o a realizar ejercicios acrobáticos en una cuerda floja. En pura técnica penal se podrá hablar en estos supuestos y otros parecidos

de provocación imprudente al suicidio, más esto es totalmente atípico, pues sabido es que la figura descrita en el artículo 143 del Código Penal respecto de la inducción al suicidio sólo admite la forma de comisión dolosa.

III. Inducción al suicidio

Castiga el artículo 143.1 CP, *al que induzca al suicidio de otro* a la pena de prisión de 4 a 8 años. Así, nos encontramos una expresa tipificación de la inducción y una pena específica para ese supuesto.

Es necesario que en la inducción se concreten sus elementos:

- ✓ Ha de ser directa respecto de la otra persona.
- ✓ Utilización de la persuasión, razonamiento u otro método para convencer al tercero.
- ✓ Hacer nacer en otro la necesidad de cometer un acto criminal concreto (en este caso sería hacer nacer la necesidad de quitarse la vida, aunque sea atípico)
- ✓ Inicio de la ejecución del acto por parte del inducido.
- ✓ Ha de ser doloso: el inductor ha de plantearse el resultado de su influjo psíquico frente a otra persona y el resultado que con probabilidad se concretará.

Se ha de tener en cuenta que una vez se ha producido la inducción, quien domina la ejecución del hecho es el inducido, pues si no ésta se convertiría en un modo de autoría mediata. Como advierten MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *La inducción se caracteriza porque el inductor hace surgir en otra persona (inducido) la idea de cometer un delito; pero quien decide y domina la realización del mismo es el inducido, porque, de lo contrario, el inductor sería verdadero autor mediato (algunas veces se plantean verdaderos casos límite con respecto a la inducción de menores, enfermos mentales, etc.).*

Se considera atípica la conducta consistente en reforzar o apoyar la decisión previa tomada por el autor del suicidio (salvo que se convierta en cooperación necesaria).

Juan ha tomado la decisión de suicidarse, y se lo confiesa a Pedro. Éste apoya su decisión.

Jurisprudencialmente no ha sido considerada punible como inducción al suicidio los supuestos en los que no se incita directamente a este [casos de separación previa a un suicidio donde la depresión generada por la situación provoca el suicidio (SAP Asturias 20 febrero 2002) o cuando el suicidio no se encuentre abarcado por el dolo del autor y es provocado por una situación de humillación, como en los supuestos de Bullying. (SJM Guipúzcoa 12 de mayo de 2005).

IV. Cooperación al suicidio

El artículo 143.2 CP castiga con una pena de 2 a 5 años de prisión *al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona*. La acción típica consiste en cooperar,

con actos necesarios para la causación del resultado, que sean anteriores a la muerte del suicida.

La cooperación ha de ser necesaria, y dado que la complicidad no se castiga expresamente, y por lo tanto resulta atípica, es indispensable poder concretar si la participación adquiere, o no, ese nivel. Para ello, es importante recordar la *Teoría de los bienes escasos*, enunciada por GIMBERNAT y acogida por la jurisprudencia, según la cual, la diferencia entre ambas figuras - cooperación y complicidad - radica en la importancia objetiva de la contribución. El cooperador aporta un bien o servicio escaso, analizado el contexto y la situación del hecho, mientras que el cómplice aporta un bien o servicio que no tiene ese carácter. Ello obliga a realizar un juicio valorativo de lo sucedido, y desde una posición *ex ante*, valorar si para el caso concreto (objetiva), para ese sujeto (subjetiva) y de acuerdo con las especiales circunstancias, el bien aportado por éste puede ser considerado escaso.

En ocasiones se ha planteado si la cooperación necesaria puede llevarse a cabo mediante la omisión de aquel que se encuentra en posición de garante de acuerdo con el artículo 11 CP. El supuesto más habitual es el de quien pudiendo evitar el suicidio de otro, no lo hace. Ante ello se han de plantear los siguientes inconvenientes.

El primero es de tipo gramatical, pues el art. 143.2 CP castiga al que coopere "con actos necesarios". Dada la especialidad de la punición de esta participación, se habrá de ser especialmente escrupuloso con la interpretación estricta del tipo penal.

El segundo es de tipo material, al plantearnos si existe una verdadera posición de garante frente a otra persona que libre, consciente y voluntariamente ha decidido "hacer algo que la ley no le prohíbe" que es matarse, ya que no existe una obligación de vivir. Resulta ciertamente complejo construir una posición de garante frente a una persona adulta y mentalmente cuerda que no quiere ser protegida, y por lo tanto no se encuentra desamparada.

La sección tercera de la Audiencia Provincial de Gerona, en su Sentencia nº. 184/2001, de 23 de marzo, revocó la condena a una medida de seguridad (se aplicó la eximente del artículo 20.1 CP) de cooperación necesaria por omisión de un marido que encontró a su mujer intentado suicidarse mediante el procedimiento de inhalar gas en una bolsa de plástico y no impidió el resultado de muerte. La sentencia razona la absolución del modo siguiente:

*Ahora bien, teniendo en cuenta que el suicidio de la señora N. fue un acto doloso, ella sabía lo que hacía y quería hacerlo cuando cubrió su cabeza con una bolsa de plástico e introdujo en su interior una manguera conectada a una bombona de butano que tenía su espita abierta, el **problema expuesto** anteriormente se puede plantear de una forma si se quiere más genérica, así: **si es posible lógica y jurídicamente la participación por omisión en la acción dolosa de otro.***

[...] que el suicidio sea impune no significa que no tenga un autor que es precisamente la propia suicida, pues ella es la que funcionalmente lo domina toda vez que puede interrumpir su acción de

muerte en cualquier momento. **El autor, esto es en este caso la suicida, realiza en la ejecución de su propia muerte que obviamente es dolosa, su propio plan.** Luego, como la cooperación es precisamente la intervención en el plan que ha sido determinado por la autora ha de ser necesariamente una intervención activa y dolosa, pues implica por parte del que interviene configurar de una determinada manera el hecho de otro y evidentemente dicha intervención no es posible por la omisión de una acción determinada ya que precisamente la omisión es un no hacer, esto es, todo lo contrario de una acción. **De ahí que, por no ser posible la intervención por omisión en un hecho ajeno, no pueda tampoco ser posible la cooperación por omisión en una acción. El que omite precisamente no hace nada, sino que deja que transcurra el curso causal, no interviene en el hecho ajeno.**

Pero, hay además otra razón que fundamenta la imposibilidad de la participación por omisión en la acción y se refiere a la diferente estructura que tiene el dolo en la omisión. En la omisión, concepto esencialmente normativo, el dolo es un concepto jurídico que no tiene el mismo contenido que el dolo en la acción. Si en la acción es necesario que el sujeto sepa lo que está haciendo y quiera hacerlo, esto es, que es necesario un conocimiento y voluntad que se haga realidad mediante acciones objetivas o si se quiere un conocimiento y voluntad que se manifieste en un actuar real, en la omisión basta con que el sujeto tenga conciencia de lo que está pasando, esto es, del peligro, de su deber jurídico de actuar y de la conducta concreta que debe llevar a cabo que es precisamente la que omite.

*Luego, en la omisión al contrario que en la acción, no es necesario el elemento volitivo, éste se queda reducido a la mala voluntad del sujeto pero no se objetiva. Basta con el conocimiento. El dolo como exigencia, en la omisión queda reducido al mero conocimiento de la situación. Por ella, en la doctrina se suele hablar cuando se hace referencia al dolo en la omisión de un «cuasidolo». **En coherencia con lo expuesto anteriormente el propio tenor literal del art. 143.2 CP excluye la posibilidad de la comisión por omisión del delito de cooperación al suicidio. En efecto, debe tenerse presente que este precepto castiga al «que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona». Claramente el CP manifiesta que la cooperación ha de ser mediante acciones.** Podría argumentarse que en el CP y más concretamente en dicho precepto se recoge un concepto amplio de acción que comprendería también la omisión. Sin embargo, ello en el estado actual de la doctrina resulta difícil sostenerlo, más aún cuando el propio CP distingue claramente entre acción y omisión en los artículos 10, 11 y 12, por ejemplo.*

La STS de 28 de julio de 2017 (nº. 482/2017) resuelve un interesante supuesto donde el policía aprecia que un detenido intenta suicidarse en los calabozos y lo impide. Tras esperar un rato a que éste se calme y creerlo dormido se sube a la primera planta, momento en que el detenido lo vuelve a intentar y consigue auto matarse. Los familiares del fallecido le acusaban de homicidio imprudente en comisión por omisión. El TS ratifica su absolución, considerando que lo que se ha producido por parte del policía es una imprudencia, con el siguiente fundamento:

Más allá de la polémica sobre cuáles son los límites constitucionales del derecho a la vida y su posible colisión con la libertad individual de quien consciente y voluntariamente decide poner fin a la misma, la cuestión estriba en determinar qué calificación corresponde al comportamiento de quien, pudiendo hacerlo, no impide que otro se suicide. Es decir, cual sería en delito de referencia ante la omisión que se atribuye el acusado.

La tesis de los recurrentes, que fue rechazada por la sentencia de instancia, es que el delito de referencia ha de ser el homicidio, en este caso imprudente, pues el no hacer que se le imputa fue equivalente a no evitar la muerte del detenido. Sin embargo nos encontramos ante un importante escollo vinculado al principio de legalidad. El delito de homicidio se describe en el CP, en su versión dolosa y en la imprudente, como «el que matare a otro...» o «el que causare la muerte de otro...». Parte de la ajenidad de la vida que se sega, lo que presupone que se acaba con la existencia de otra persona, la víctima, contra su voluntad.

Cuando se trata de suicidios, por mucho que se ostente la posición de garante, y por más que la omisión pudiera ser equivalente a no evitar su muerte, no se actúa contra la voluntad libremente

formada de quien pierde la vida, por el contrario se coadyuva a sus designios. Se trata en definitiva de un supuesto de intervención omisiva en el suicidio ajeno.

[...] De tal manera, ante esa decidida voluntad suicida del Sr. Bruno , el comportamiento que rememora el relato fáctico de la sentencia recurrida no cubre los presupuestos de tipicidad del delito de homicidio imprudente, único por el que se ha solicitado la condena.

Nos encontramos ante un supuesto de atipicidad, conclusión que extrapolamos, siempre que de comportamientos imprudentes se trate, a otras posibles calificaciones a las que aludió la sentencia recurrida, que han sido ampliamente debatidas por la doctrina.

No nos adentraremos en la polémica jurídica, no suscitada por ninguno de los recursos, sobre la consideración que merece el comportamiento de quien pudiendo hacerlo no evita el suicidio ajeno. Lo contrario exigiría una toma de postura acerca de si las modalidades recogidas en el artículo 143 CP admiten la comisión por omisión (en línea con lo en su día afirmado por la STS de 23 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 8870) en el recurso 17/1994) o si por su propia configuración exigen un comportamiento activo que relega el meramente pasivo al delito de omisión de socorro del artículo 195. No dejaría de ser un pronunciamiento obiter dicta. Pese a ello insistimos en la atipicidad por aplicación del artículo 12 CP cuando, como en este caso, se descarta la existencia de dolo, pues ninguno de los preceptos citados tienen prevista su versión imprudente.

V. Cooperación ejecutiva al suicidio – Homicidio solicitado

El artículo 143.3 CP castiga con una pena de 6 a 10 años de prisión cuando la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte. Como se puede apreciar, lo que se tipifica no deja de ser un homicidio solicitado por la víctima, pues cuando la cooperación se transforma en la ejecución del hecho principal, se convierte en autoría.

La rebaja de pena, respecto del homicidio (castigado con prisión de 10 a 15 años), se debe a que la muerte se causa a otra persona que lo ha solicitado, y que tiene la posibilidad – hasta el último momento – de interrumpir el curso causal y decidir vivir. **De este modo, el tercero que ejecuta la acción se debe asimilar a un mero instrumento que responde a la voluntad del autor.** Si el suicida decide interrumpir la acción, pero el ejecutor no atiende a su demanda y sigue ejecutando los hechos hasta la muerte, el homicidio se tornará de consentido a homicidio básico, castigándose con la pena habitual.

VI. Eutanasia

El artículo 143.4 CP contempla los supuestos de eutanasia, donde se atenúa la pena (en uno o dos grados) de aquel que cooperare con actos necesarios (143.2) o causare la muerte de un tercero (143.3), siempre que concurren las siguientes condiciones:

1. Petición seria, inequívoca y expresa de la persona en la que se manifieste su voluntad de acabar con su vida. Ello no ha de confundirse con los testamentos vitales, que consisten en documentos con instrucciones previas, sobre el rechazo o interrupción de un tratamiento en una situación límite, pero no puede incluir

instrucciones antijurídicas, por lo que no pueden ordenar la causación activa de una muerte.

2. La víctima ha de sufrir un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables.

El 25 de abril de 2021 se publicó en el BOE la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. En ella se desarrolla el procedimiento para que el consentimiento de una persona, para que otra acabe con su vida, en determinadas situaciones sea válido para excluir la responsabilidad penal del tercero que coopera con actos ejecutivos a la muerte de otro. En la disposición final primera, se modifica el Código Penal y se incluye un apartado 5 en el artículo 143 CP donde se incorpora una causa de ausencia de responsabilidad penal cuando la causación o cooperación activa en la muerte esté amparada por la ley que regula la eutanasia, incorporando *ex lege* una causa de justificación – ejercicio legítimo del derecho a morir del solicitante – cuando se cumplan los requisitos contemplados en la Ley (se puede interpretar como una suerte de causa de justificación de una ley penal en blanco).

*Art. 143. 5 CP. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirá en responsabilidad penal quien causare o cooperare activamente a la muerte de otra persona **cumpliendo lo establecido en la ley orgánica reguladora de la eutanasia.***

VII. Difusión de la promoción del suicidio de menores de edad

La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia ha introducido en el Código Penal un nuevo artículo 143. bis que castiga: *La distribución o difusión pública a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar al suicidio **de personas menores de edad** o personas con discapacidad necesitadas de especial protección será castigada con la pena de prisión de uno a cuatro años.*

En la estrategia global de protección a la infancia y frente a la proliferación de materiales que fomentan el suicidio entre jóvenes – como el juego llamado Ballena azul – el legislador ha decidido criminalizar no solo la inducción directa, sino la distribución o difusión de este tipo de materiales. Por lo tanto, lo que se persigue no es al autor de este tipo de contenidos, sino a aquel que consciente de su peligrosidad los distribuya o difunda.

La difusión engloba el reenvío de este tipo de materiales, por lo que habremos de plantearnos la plausible expansión del tipo penal, pues no exige que el distribuidor o difusor tenga una intención trascendente, sino que conociendo el contenido específicamente destinados a promover, fomentar o incitar al suicidio de personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección lo difunda.

El tipo penal no especifica que los destinatarios deban ser menores de edad o personas discapacitadas, pero para que la conducta adquiriera la peligrosidad objetiva esos contenidos deben estar accesibles, aun potencialmente, a este tipo de personas especialmente protegidas.

VIII. Supuestos prácticos.

- 1) José participa voluntariamente en un juego de ruleta rusa, junto a Ramón y Marcelo. En la tercera ronda, José aprieta el gatillo y se pega un tiro en la cabeza. José muere en el acto.
- 2) Fernando quiere quitarse la vida. Le confiesa sus intenciones a Manuel y le pide que lo lleve en su coche a un puente, desde el que pretende tirarse. Fernando podría ir al puente por sus propios medios, pero prefiere que lo acompañe Manuel. Éste lo lleva. Al llegar, Fernando sale del coche y se precipita al vacío, muriendo en el impacto.
- 3) María quiere divorciarse de José, pero teme que debido a la situación, éste haga alguna locura, pues ya le ha advertido que si se divorcia se tira por un barranco. A pesar de la situación, María decide divorciarse. Al día siguiente, José se toma unas pastillas para intentar quitarse la vida, pero no lo consigue por la rápida intervención del SAMUR.
- 4) Mario, harto de la vida, coge una escopeta de cartuchos y se pega un tiro en el pecho. No obstante, no consigue acabar con su vida. Se arrastra hasta el dormitorio donde está su mujer y le pide dos cartuchos más que estaban en un altillo. Su mujer se los alcanza. Mario vuelve a cargar el arma y se vuelve a disparar, muriendo del segundo impacto. (STS 15 de marzo de 1986).
- 5) El día 5 de septiembre de 2019, sobre las tres horas y media, Carlos de veintiún años, se hallaba en compañía de otros jóvenes en el interior del chalet de los padres de uno de ellos, celebrando una velada, y, en un momento dado, Héctor de veinte años tomando una botella, retó a Carlos a acertarle a la misma de un disparo, mientras bebía, ya que el procesado era portador de una pistola Star Parabellum de 9 mm. semiautomática, que le había sido oficialmente adjudicada en su calidad de miembro de la Guardia Civil y con la cual había estado jugando y haciendo alardes de puntería desde su llegada al lugar, aceptando éste la proposición, apuntando con la citada arma a la botella que sostenía Héctor, y disparando sobre ella en el instante mismo en que aquél efectuaba un movimiento con el cuerpo para limpiarse algo de vino que le había caído encima, siendo alcanzado por el proyectil en el hemitórax derecho y falleciendo como consecuencia de ello veintitrés días más tarde.

- 6) María crea una página web donde explica las mejores formas de suicidarse de personas mayores de edad para no sufrir y que afecte de la menor forma a tus familiares. Esa web es de libre acceso y puede visualizarla menores.
- 7) María pide a su marido que le ayude a suicidarse, pues sufre una enfermedad incurable que le genera graves sufrimientos. El 20 de mayo de 2020, Pedro inyecta a su mujer una solución específica que provoca su muerte. Se inicia una investigación y Pedro es acusado de cooperación ejecutiva al suicidio. El 26 de abril de 2021 entró en vigor la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. ¿Afectaría al proceso penal iniciado contra Pedro?

Aborto

Aborto

Sin consentimiento o con el consentimiento viciado 144 C.P.

Con consentimiento, y fuera de los casos permitidos por la ley, ejecutado por un tercero. 145.1 C.P.

Con consentimiento, y fuera de los casos permitidos por la ley, ejecutado por la madre. 145.2 C.P.

Ejecutar un aborto, con consentimiento, por un tercero y sin cumplir alguno de los requisitos legales. 145.bis

Aborto imprudente. 146 C.P.

I. Introducción

El aborto puede definirse como toda interrupción de la gestación que produce la muerte del embrión o del feto (FELIP I SABORIT).

Las conductas que castigan las distintas modalidades de comisión del aborto protegen la vida humana prenatal o dependiente. La ejecución de un aborto conlleva un conflicto entre los derechos de la madre y la esperanza de vida del gestado. La anterior regulación en la Ley del Aborto (Ley Orgánica 9/1985) optó por un sistema de indicaciones (el aborto era lícito en determinados supuestos: riesgo para la madre, eugenésico, en caso de violación) y sobre ésta se pronunció el Tribunal Constitucional en la Sentencia 53/85 de 11 de abril-. En ese caso, concluyó que la protección de la vida del *nasciturus* podía decaer en casos de conflictos inevitables con los derechos fundamentales de la madre cuando afectaban a su vida, salud o dignidad.

La Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual, reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, incluyó un sistema de plazos, que permite abortar sin alegar causa alguna hasta un plazo determinado (14 semanas), combinado con un sistema de indicaciones al superar las 14 semanas de gestación. Esta ley fue recurrida ante el Tribunal Constitucional en el año 2010, pero a la fecha, 12 años después, éste aún no se ha pronunciado, lo que cuante menos resulta desconcertante.

La Ley Orgánica 2/2010 fue modificada por la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores de edad y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo. En estos supuestos, se exige como requisito previo, para practicar el aborto sobre estas mujeres menores de edad o con la capacidad modificada judicialmente, además de todos los requisitos generales, el consentimiento expreso de los representantes legales¹⁴.

II. Elementos comunes

a) Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido es la *vida humana dependiente*. No obstante, como sucedía con la vida humana independiente, hemos de plantearnos cuándo comienza la vida humana dependiente. Desde el punto de vista de la religión católica, la vida surge en el momento de la concepción, cuando el óvulo resulta fecundado por el espermatozoide. Si se considerase el inicio de la vida (desde un punto de vista jurídico penal) también ese momento, ello llevaría a

¹⁴ A la fecha de esta cuarta edición, existe un proyecto de ley de reforma de la ley del aborto que, entre sus modificaciones, vuelve a permitir el aborto de las jóvenes de 16 y 17 años sin necesidad de contar con el consentimiento de sus progenitores o tutores legales.

considerar prácticas abortivas la acción de desechar los óvulos fecundados (en un proceso de fecundación in vitro, por ejemplo).

En el ámbito penal se adopta el criterio de la anidación, es decir, el inicio de esa vida humana dependiente comienza desde la implantación completa en el útero del óvulo fecundado. La anidación suele concluir pasadas dos semanas desde la concepción.

El límite máximo concluye con el inicio de la vida humana independiente (*vid.* Homicidio respecto de las teorías sobre la expulsión completa del seno materno o el inicio del periodo de dilatación en el parto).

En ocasiones, también puede ser lesionado el bien jurídico salud de la madre, cuando debido a la realización del aborto se causan daños a la salud de la gestante.

No obstante, este bien jurídico - vida humana dependiente - es disponible por la madre, pues hasta las 14 semanas de embarazo, ésta puede decidir si acabar o no con la vida del *nasciturus* sin alegar causa alguna según la ley del aborto, por lo que la protección fetal completa (a salvo de excepciones médicas) se proyecta sobre *nasciturus* que han superado las 14 semanas de desarrollo.

b) Sujeto activo

Cualquiera, incluida la propia madre.

c) Sujeto pasivo

El *nasciturus*, así como la madre en caso de que el aborto se realice sin consentimiento.

d) Objeto material.

El *nasciturus*, así como el cuerpo de la gestante. El embrión debe estar vivo y ser viable. La eliminación de embriones absolutamente inviables (como el caso de extrauterinos) resulta atípica.

e) Consumación

Nos encontramos ante un delito de resultado, que se consuma con la muerte del feto. Si se causan lesiones, podrían ser aplicables los artículos 156 y 157 CP que castigan las lesiones al feto.

f) Elemento subjetivo

En la versión dolosa del aborto, se ha de conocer que la mujer está embarazada y que con la acción que se realiza se producirá, o se podría producir con una alta probabilidad, la muerte del feto. Si se desconoce la situación de embarazo, habremos de acudir a la aplicación del error de hecho (vencible o invencible). El aborto puede ser cometido también por imprudencia grave por sujetos distintos de la propia madre.

III. Conductas atípicas

Para la correcta aplicación del delito de aborto, en supuestos que medie el consentimiento de la mujer (cuando no hay consentimiento siempre es típico),

se habrá de acudir a una ley penal en blanco: La Ley Orgánica 2/2010 que regula la interrupción voluntaria del embarazo.

El artículo 12 de la LO 2/2010 garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en los casos que se determinen en la ley, lo que supone otorgar al aborto, si se cumplen dichas condiciones, el carácter de derecho subjetivo, teniendo como consecuencia directa que sea incompatible considerar dicha acción como delito. Ese derecho subjetivo limita también el objeto de protección, pues en casos en donde medie consentimiento, se puede limitar el bien jurídico a la *vida humana dependiente que haya superado las 14 semanas de gestación*.

En dichos supuestos, sigue existiendo la lesión del bien jurídico vida prenatal, pero nos situamos ante un conflicto de derechos entre la madre y el *nasciturus*, que se inclina a favor de la madre.

El artículo 13 LO 2/2010 contempla los requisitos comunes que se habrán de cumplir en todos los supuestos. Son los siguientes:

- Ejecución del aborto por parte de un médico especialista.
- Realización del aborto en un centro sanitario acreditado, público o privado.
- Consentimiento expreso, previo y escrito de la embarazada.
- En el supuesto de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente, será preciso, además de la manifestación de la voluntad de la mujer, el consentimiento expreso de su representante legal. Los conflictos que surjan respecto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil. (Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo).

La SAP de Málaga (Sección tercera) 20 abril 2002, de conformidad con la anterior regulación del aborto, consideró válido el consentimiento de una mujer de 16 años emancipada con base en el siguiente fundamento: *Sobre la base de este hecho debe afirmarse de inmediata proyección al caso lo que dispone el artículo 319 del Código Civil, conforme al cual «se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de estos». Y, no estableciéndose en la Ley más limitación a la capacidad del menor emancipado que la que establece el artículo 323 del Código citado, entre cuyas prescripciones no figura consentir la interrupción voluntaria del embarazo, no cabe entender existente la necesidad del consentimiento de los padres.*

Debe recordarse que al artículo 144 del Código Penal habla del consentimiento sin establecer mayor especificación por lo que deberá acudirse a otras normas, las civiles fundamentalmente, para integrar las exigencias de aquel cuando, como en el caso presente, nos encontramos ante una menor de edad en los termines del artículo 315 de Código Civil. Entendemos que, con independencia de la contundencia de esta norma y de lo que dispone el artículo 154 del mismo cuerpo legal, las exigencias precisas deben estar en consonancia con un hecho innegable cual es que mucho antes de cumplir los 18 años la mujer puede concebir y, consiguientemente, estar en alguno de los supuesto en que es precisa la interrupción del embarazo, lo que debe

encontrar la respuesta a adecuada a través de las excepciones que a la representación de los hijos por los padres establece el artículo 162.1ª del repetido Código.

Pero de lo que no nos cabe duda alguna es de que, si la Ley permite que los menores de edad emancipados - art. 46 Código Civil - puedan contraer matrimonio con todas las consecuencias que ello conlleva, deban ser y sean capaces para consentir en los términos en que lo exige, en sentido negativo, el tipo del artículo 144 del Código Penal.

Estando pues, ante una mujer de 16 años que vivía con independencia de los padres habiéndolo consentido éstos, que, además, sabían que su hija vivía con un chico, no cabe sino afirmar la suficiencia de la autorización que prestó.

El artículo 14 LO 2/2010, regula el supuesto básico de aborto a petición de la embarazada, que deberá cumplir los siguientes requisitos:

1. Realización del aborto dentro de las primeras catorce semanas de gestación.
2. Información previa a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en la Ley.
3. Transcurso de un plazo de al menos tres días desde la información hasta la realización de la intervención.

El artículo 15 LO 2/2010 regula el supuesto excepcional de aborto por causas médicas, una vez superadas las 14 semanas de gestación, cumpliendo las siguientes condiciones:

1. Que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y no se superen las veintidós semanas de gestación, y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen.
2. Existencia de riesgo de graves anomalías en el feto y no se superan las veintidós semanas de gestación, así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.

El artículo 15.c) LO 2/2010 contempla dos supuestos específicos en donde se permite practicar un aborto, que son los siguientes:

- a) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico especialista, distinto del que practique la intervención.
- b) Cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico.

IV. Supuestos típicos

a) Aborto sin consentimiento

Regulado en el artículo 144 CP, es el supuesto más grave (pena de 4 a 8 años), donde sin el consentimiento de la embarazada, u obteniendo un consentimiento viciado al haberse obtenido mediante violencia, amenaza o engaño, se acaba con la vida de un feto vivo y viable. Se ataca la vida prenatal, así como la salud, la libertad y la dignidad de la mujer embarazada.

Este artículo se aplicará también en supuestos donde la mujer carece de la capacidad para consentir debido a causas de alteración psíquica o incapacidad. Tras la reforma de la LO 2/2010, que limita el consentimiento válido a las mujeres mayores de edad, y requiere en las menores el consentimiento paterno, en el supuesto de que una menor consintiese y los padres no lo hiciesen ¿podría interpretarse que se carece de consentimiento y aplicar el presente artículo? En mi opinión, no se debería aplicar éste, sino el artículo 145 CP, pues la menor ha consentido y tiene capacidad para ello, aunque reglamentariamente su consentimiento no se considere válido, y estaríamos ante un aborto con consentimiento fuera de los casos permitidos por la ley.

b) Aborto consentido, cometido por un tercero “fuera de los casos permitidos por la ley”

El artículo 145.1 CP castiga al tercero, que atendiendo a la voluntad de la gestante, le practica o provoca un aborto fuera de los supuestos permitidos por la ley (después de las 14 semanas sin que concurra causa médica, después de las 22 semanas sin que concurra causa excepcional). Al contar con el consentimiento de la embarazada, el castigo se atenúa (pena de prisión de 1 a 3 años)

c) Aborto consentido, cometido por la propia gestante “fuera de los casos permitidos por la ley”. Auto aborto

Para evitar que la mujer embarazada pueda ser considerada como coautora o cooperadora necesaria en el supuesto anterior, lo que podría implicar una pena que provocase su entrada en prisión, el artículo 145.2 CP tipifica expresamente el supuesto del auto aborto o el supuesto en que la mujer consiente que se le provoque un aborto “fuera de los casos permitidos por la ley”, a los efectos de atenuar su pena y aplicarle una multa de 6 a 24 meses a la mujer.

Esta pena será aplicable tanto en supuestos en que se preste el consentimiento, como en que la propia mujer sea la que se cause el aborto (*Autoaborto doloso*), consumiendo, por ejemplo, un abortivo.

Si el aborto se cometiese a partir de la vigésimo segunda semana de gestación, se impondrá la pena en su mitad superior.

- d) Aborto permitido por la ley, con consentimiento, pero careciendo de algún requisito administrativo

El artículo 145.bis CP impone un reproche penal en caso de faltar alguna de las obligaciones formales recogidas en la LO 2/2010, trayendo al Derecho Penal lo que debería ser sancionado en vía administrativa y quedar extramuros de esta disciplina.

En los supuestos en que en el aborto concurra alguna de las causas permitidas por la ley, pero el que lo lleva a cabo eluda alguna de las obligaciones accesorias que la ley le impone, se le castigará con una pena de inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos de 6 meses a 2 años. El aborto estaría permitido de no ser porque se ha practicado:

- a) sin comprobar si se ha proporcionado la información previa a la mujer;
- b) o sin transcurrir el período de espera;
- c) o sin contar con los dictámenes previos;
- d) o fuera de un establecimiento acreditado.

A la mujer embarazada no se le castiga en estos supuestos.

- e) Aborto imprudente

Se castiga expresamente el aborto causado por imprudencia **grave**, que provoca el resultado de la muerte del feto. Si el aborto se causa por imprudencia profesional (que se entiende grave) se impondrá además una pena de inhabilitación profesional.

La mujer embarazada no será castigada por los actos imprudentes que ella comete si producen el resultado de la pérdida del feto. Solo se castiga la imprudencia de terceros.

V. Supuestos prácticos.

- 1) Manuel sospecha que Luisa está embarazada. A pesar de ello, y debido a una discusión, Manuel propinó a Luisa una paliza, que provocó que perdiese el hijo que esperaba. Estaba embarazada de 5 semanas.
- 2) Rosa decide abortar cuando han transcurrido 15 semanas de gestación. Para lograrlo, le pide un potente abortivo a Paloma, que es farmacéutica. Ésta, conociendo la finalidad de su petición, se lo entrega a Rosa y ésta lo ingiere, abortando en consecuencia.

- 3) Carmela está embarazada de 20 semanas, a pesar de ello, sale a dar una vuelta en su yegua castaña. La yegua se asusta de un conejo, y Carmela cae al suelo. A consecuencia de la caída, pierde al niño que esperaba.
- 4) Rocío quiere tener a su hijo en su casa. En la semana 34 le advierten que el niño está mal colocado y que existe un alto riesgo de que se atranque en el conducto uterino y no pueda salir, por lo que se le insiste que no lo tenga en su casa por el médico. A pesar de ello, Rocío decide tenerlo en casa. Cuando comienza el parto no es capaz de expulsar al niño, por lo que llaman a una ambulancia. El niño muere asfixiado en el traslado al hospital.
- 5) Elena queda embarazada tras un encuentro sexual con un desconocido. A la quinta semana de embarazo, Elena ingiere un abortivo que le ha facilitado un tercero y el feto mure.

Delitos de lesiones

Lesiones

Lesiones

Tipo básico: Tratamiento médico o quirúrgico 147.1

Lesiones leves

Lesión sin tratamiento médico/quirúrgico. 147.2

Maltrato de obra sin causar lesión 147.3

Lesiones agravadas 148

Utilización armas u objetos peligrosos

Ensañamiento o alevosía

Víctima menor de 12 años o persona con discapacidad

Víctima esposa o análoga relación de afectividad, aun sin convivencia

Víctima especialmente vulnerable con la que conviva el autor

Lesiones agravadas por el resultado

Pérdida o inutilidad miembro principal/ grave deformidad. 149

Mutilación genital femenina. 149.2

Pérdida o inutilidad miembro no principal . 150

Lesiones

Lesiones imprudentes . 152 y 152 bis

Lesiones ámbito familiar. 153

Riña tumultuaria. 154

Lesiones con consentimiento . Arts 155 y 156

Tráfico ilegal de órgano. 156. bis

I. Introducción

La afección a la integridad y a la salud de una persona, por la acción u omisión de un tercero, constituye una lesión. **Hasta la LO 1/2015, las lesiones que se consideraban delito eran aquellas que requerían un tratamiento médico o quirúrgico para su sanación, castigándose como falta las lesiones leves.** La desaparición de estas últimas ha provocado que las lesiones leves se eleven a la categoría de delito (leve), por lo que cualquier acción u omisión que cause un daño en la salud o en la integridad de una persona, será típica.

Las lesiones se agravarán tanto por la peligrosidad en los medios empleados, tipo de víctima, y sobre todo, por el tipo de resultado que causen, encontrándonos lesiones graves y muy graves que contemplan los ataques más importantes contra la salud e integridad de una persona, cuyo resultado es un grave daño a la salud (usualmente irreparable).

II. Elementos comunes

a) Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido se identifica con la integridad física y el derecho a la salud, como valor que se ha de proteger y como el derecho que tiene cualquier persona a desarrollar su vida de un modo sano y sin interferencias externas que debiliten su cuerpo o mente. La OMS enuncia una definición de salud que trasciende del ámbito físico o psíquico y afecta al social, entendiéndose que *La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*¹⁵. Desde el punto de vista del bien jurídico protegido, podemos fijar la idea de salud como *ausencia de afecciones o enfermedades*.

De esta forma, se considera lesión todo perjuicio a la salud física o psíquica, caracterizado por una alteración negativa del normal funcionamiento del organismo o de la mente humana. Por lo que la intervención médica que afecte a la integridad corporal, pero que provoque o persiga un beneficio para la salud del paciente, no afectará al bien jurídico protegido.

Un médico amputa la pierna de un herido para evitar que la gangrena provoque su muerte.

Tanto la integridad física como la salud se consideran bienes jurídicos indisponibles (interpretación no exenta de crítica doctrinal), debido a que el consentimiento - como regla general y salvo el tipo específico del artículo 156 CP) - no elimina la antijuridicidad de la conducta.

b) Sujeto activo

Cualquier persona, distinta del sujeto pasivo.

¹⁵ Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946.

c) Sujeto pasivo

Cualquier **otro**, es decir, cualquier persona viva distinta del sujeto activo. El “**otro**” incluido en la descripción típica (como sucedía con el homicidio) conlleva a **considerar atípica la autolesión**. Las lesiones al feto se castigan de acuerdo con un tipo específico (arts. 157 y ss. CP)

d) Objeto material

El cuerpo - incluyendo su buen funcionamiento - del sujeto pasivo.

e) Consumación

Nos encontramos ante un delito de resultado, que se consuma con el daño a la integridad o a la salud de la víctima.

f) Conducta típica

La conducta típica en el delito de lesiones puede concretarse en cualquier acción que cause un daño a la salud. En función del daño provocado nos encontraremos distintos delitos y graduaciones de pena.

Debido a que la lesión es un delito de resultado, que se consuma con la efectiva causación del daño a la salud, podrá ser cometido por omisión, cuando el sujeto que la causa - que no evita - la lesión de otra persona, pueda ser tenido por garante ex artículo 11 CP¹⁶

En la jurisprudencia se pueden identificar muchas sentencias donde se condena a uno de los progenitores por permitir - no evitar - que el otro causara lesiones a los hijos. En estos casos nos encontraríamos ante una responsabilidad del garante en comisión por omisión. En la STS de 22 de enero de 2001 (nº 20/2001) se recuerda que: *La imputación de los resultados lesivos a la madre o al padre de un menor que incumple sus deberes de custodia, atención, preservación y guarda permitiendo que otro les agrede con su conocimiento, halla su fundamento en el «deber de garantía» o «posición de garante» que la ley atribuye a los progenitores y que les impone garantizar que el resultado lesivo no se produzca, por lo que la no evitación consciente y voluntaria del resultado lesivo ha de equipararse a su propia causación positiva (art. 11 del CP/1995). Este Tribunal ha aplicado reiteradamente esta misma doctrina en casos similares: Sentencias de 22 de junio de 1991, 31 de octubre de 1991, 998/1995, de 6 de octubre, 481/1997, de 15 de abril, y 1161/2000 de 26 de junio, entre otras.*

g) Elemento subjetivo

Las lesiones se castigan tanto en su modalidad dolosa, donde en algunos supuestos el conocimiento del actor deberá abarcar la condición específica de la víctima para aplicar una agravante (por ejemplo, cuando esta sea menor de 14 años) o la posible causación del resultado. Debido a la dificultad, en muchas ocasiones, de concretar *ex ante* el efectivo daño que se causará a la víctima, es habitual encontrar supuestos jurisprudenciales donde se recurre al dolo eventual.

¹⁶ Art. 11 CP Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

Se castigan las lesiones causadas por imprudencia grave o menos grave (art. 152 C.P).

h) *Iter criminis*

Nos encontramos ante un delito de resultado, por lo que son identificables supuestos de tentativa de manera más clara. Los actos preparatorios de provocación, conspiración y proposición se encuentran expresamente tipificados respecto de los delitos de lesiones en el artículo 151 CP.

Pedro, harto de las burlas de Manuel le lanza un puñetazo directo al tabique nasal, pero Manuel lo esquiva y evita la lesión. ¿Tentativa o acto preparatorio?

III. Tipo básico. Art. 147.1

La lesión tradicional ha sido considerada como aquella que menoscaba la integridad corporal o afecta a la salud física o mental de la víctima, *siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de la primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico*. Se configura como un delito de medios indeterminados *-por cualquier medio o procedimiento -* que causan un daño a la salud que requiere unas condiciones específicas para su sanación. Por lo tanto, resulta de importancia capital definir qué se entiende por tratamiento médico o tratamiento quirúrgico, pues constituyen un elemento del tipo, lo que implica que su ausencia determinará la imposibilidad de la aplicación de esta conducta del ordinal 1 del artículo 147 CP.

La primera delimitación conceptual acerca de lo que ha de entenderse por tratamiento médico la encontramos en el propio artículo 147.1 CP, que *in fine* aclara que: *La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de una lesión no se considerará tratamiento médico*. Por lo tanto, parece que lo que exige el tipo es una intervención propiamente curativa del facultativo sanitario, y no una mera vigilancia para controlar la evolución de la lesión.

La segunda se infiere del tenor literal del artículo 147.1 CP, pues el *además* previo a la *primera asistencia facultativa* revela que ésta no ha de considerarse como un tratamiento médico. Es decir, tras la primera ayuda sanitaria prestada tras la lesión orientada a valorarla, y que puede conllevar varias pruebas radiológicas, analíticas, etc., se habrá de valorar si se prescribe un tratamiento médico o quirúrgico. El mero hecho de recibir esta primera asistencia facultativa valorativa, no es suficiente para determinar la existencia del tratamiento médico a efectos jurídico penales.

Comencemos con el tratamiento quirúrgico, por estar más claramente delimitados sus contornos: La jurisprudencia ha establecido que se identificará el tratamiento quirúrgico cuando se acuda a una técnica de cirugía, aunque sea menor, por ser *«necesario reparar el cuerpo humano, restaurar o corregir cualquier alteración funcional u orgánica producida por las lesiones, se estará en presencia del tratamiento quirúrgico»*. Respecto a los puntos de sutura, la STS de 13 de junio de 1993, recordaba que cuando se aplican puntos de sutura, hay objetivamente tratamiento reparador del cuerpo por aplicación de una técnica de cirugía menor.

Polémica resulta la interpretación de si la aplicación de puntos de aproximación (“stir-strip” o “tiritas”) pueden ser consideradas tratamiento quirúrgico. Tradicionalmente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado que la utilización de puntos de aproximación no debía considerarse tratamiento quirúrgico (STS 21 de septiembre de 2007). No obstante, existe una jurisprudencia reciente que, si bien sigue sin considerarlo como tratamiento quirúrgico, estima que la utilización de esta técnica es constitutiva de tratamiento médico (STS de 9 de julio de 2014, 16 de junio y 14 de julio de 2016), interpretando que, *la colocación de los puntos “stir-strip” supone, si no puntos de sutura, sí tratamiento médico al existir un inicial pegamento tisular y posterior cura local.*

La STS de 6 de febrero de 1993 definía el *tratamiento médico como aquel sistema que se utiliza para curar una enfermedad o para tratar de reducir sus consecuencias si aquélla no es curable*. Aunque, como recordaba la STS de 2 de junio de 1994, deben quedar al margen de lo que es tratamiento médico, el simple diagnóstico o la pura prevención médica.

SAP la Coruña. 27 septiembre 2012. *Debe entenderse por tratamiento toda actividad posterior a la primera asistencia tendente a procurar la sanidad del lesionado y ordenada por un facultativo. Puede consistir en la prescripción de fármacos o en la fijación de determinados comportamientos, tales como dietas alimenticias, ejercicios de rehabilitación, observancia de reposo, etc. No se encuentra contenido en dicho concepto el simple diagnóstico o la pura prescripción médica. El tratamiento debe ser el medio objetivamente indicado para la curación de las lesiones, con independencia de que, de facto, el lesionado observe, o no, las prescripciones médicas.* En este sentido podemos recordar las SSTS de 23 de febrero de 1998 , 22 de marzo de 1999 , 1 de diciembre de 2000 , 25 de abril y 3 de julio de 2001 , 3 de octubre de 2003 , 22 de mayo de 2004 , 19 de diciembre de 2005 , 26 de enero de 2006.

La necesidad del tratamiento ha de valorarse de acuerdo con criterios objetivos – la *lex artis* – , pues como recuerda la SAP de las Palmas de 22 de febrero de 2002, *de lo contrario quedaría en manos del facultativo, más o menos exigente, la presencia de un delito o de una falta, de la misma manera que tampoco puede quedar en manos de la víctima el decidir si se necesita, tras la primera asistencia, un tratamiento posterior, médico o quirúrgico*. Por lo tanto, no es necesario que el lesionado se haya sometido a tratamiento médico, basta dictaminar de manera objetiva que las lesiones sufridas, dada su naturaleza, hubiesen precisado (o no), de acuerdo con la *lex artis*, una determinada intervención curativa.

Pedro da un puñetazo a Manuel y le rompe el pómulo. Manuel no va al médico y se cura solo el pómulo. No obstante, aunque Manuel no haya recibido un tratamiento médico, objetivamente sí se encuentra prescrito para este tipo de lesiones, por lo que Pedro habrá cometido el delito aunque Manuel no haya acudido a médico para su sanación.

IV. Tipo atenuado. Lesiones leves. 147.2 CP

El daño a la salud o a la integridad, que no requiera para su sanación tratamiento médico o quirúrgico (arañazo, moratones, inflamación, etc.) se castiga como delito leve en el artículo 147.2 CP. Se puede causar por cualquier medio o procedimiento, y se requiere la denuncia del agraviado (o de su representante legal en caso de menor) para que se instruya el procedimiento correspondiente.

V. Tipo agravado. Mayor peligrosidad. Desvalor acción. 148 CP

El tipo básico de **lesiones del artículo 147.1 CP** - requieren tratamiento médico o quirúrgico para su sanación -, pueden ver incrementadas su penalidad de 2 a 5 años de prisión, si se ejecutan de determinados modos o contra determinadas personas que aumentan el desvalor acción de la conducta.

a) Medios peligrosos para la vida del lesionado

Cuando en la agresión se utilicen armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o la salud física o psíquica del lesionado (cuchillos, palos, piedras, candados, cascos de motocicleta, pistolas, etc.) se aplicará el tipo agravado. El hecho de utilizar un instrumento peligroso no es suficiente para aplicar la agravante, sino que se deberá analizar cómo se utilizó en el momento concreto.

La SAP de la Coruña de 27 de septiembre de 2012, no aplicó la agravante en una situación donde el agresor había utilizado un atizador del fuego de hierro, pero había causado una lesión leve a la víctima, al descargar el golpe con poca intensidad.

Dice la STS núm. 246/2011, de 14 de abril, la agravación recogida en el art. 148.1, es aplicable *cuando además de la lesión causada se ha creado un peligro complementario para el bien jurídico protegido, o incluso, para la misma vida del lesionado, por las "armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas utilizados, obedece, por tanto, al incremento del riesgo lesivo que objetivamente dimana de dicho método o forma de agredir (STS. 1203/2005 de 19.10). Es decir, hace referencia, como tiene declarado esta Sala, en STS. 155/2005 de 15.2 , al peligro de la producción de un resultado mayor a consecuencia de la utilización de un instrumento que se considera idóneo para haberlo producido.*

En cuanto a la peligrosidad del elemento utilizado para realizar la agresión viene determinada por una doble valoración: una situación de carácter objetivo que se deriva de la naturaleza, forma y composición del instrumento de que se vale el agresor, y un componente subjetivo que se constituye a partir de la intensidad y dirección dada a los golpes propinados a la víctima (SSTS. 13.10.2003 , 27.3.2003 , 12.11.2001)".

b) Ensañamiento o alevosía

Cuando las lesiones se cometan aumentando deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando padecimientos innecesarios para la ejecución del delito (ensañamiento) o empleando medios, modos o formas que tiendan a asegurar la comisión del delito sin riesgo en la defensa por parte del ofendido (alevosía) se aplicará esta agravante específica.

Se ha de tener en cuenta que esta agravante se aplica respecto de las lesiones del artículo 147.1 CP. Si se tratase de lesiones agravadas por el resultado (149 o 150 CP), si concurriera alevosía o ensañamiento se aplicarían como agravantes genéricas.

STS de 3 de julio de 2009. Se condena por lesiones con ensañamiento a dos policías locales que apalean a un inmigrante que vende Cds en la calle. *De hecho, concurren en el relato todos los elementos integrantes del tipo penal aplicado, en concreto la causación de las lesiones sufridas por el agredido como consecuencia directa de la conducta de los recurrentes, llevada a cabo además con una saña, golpeándole brutalmente incluso cuando éste se encontraba ya privado de sentido, que hacen que resulte plenamente acertada la calificación de los mismos como un delito de lesiones del artículo 148.2 del Código Penal*

Respecto de la alevosía, se suele aplicar la sorpresiva, cuando inopinadamente se agrede a un tercero causándole lesiones. SAP Alicante 2 de mayo de 2006, aplicó el artículo 148.2 CP

al acusado que clavó una navaja en el costado de la víctima, en una discoteca y salió corriendo.

c) Víctima menor de 14¹⁷ años o incapaz

Se agrava la pena cuando la lesión se comete frente a personas que, objetivamente debido a sus circunstancias, se encuentran en una situación de indefensión, como son los menores de 14 años o los incapaces.

Pueden surgir situaciones conflictivas cuando la víctima es menor y se pretenda aplicar esta circunstancia agravante, junto con la alevosía por desvalimiento (como ya se planteó en el caso del asesinato hiperagravado).

La STS de 2 de marzo de 2004, en un supuesto de asfixia a una niña de 21 meses que le causó lesiones, no acumula la agravante de la edad a la de la alevosía, pues considera que se vulneraría el *non bis in idem*.

d) Víctima esposa o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia

Esta circunstancia, junto con la alevosía y la siguiente agravante, se introdujeron por medio de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Se agrava la pena cuando la lesión se dirija **contra una mujer** con la que se haya establecido una **relación de afectividad**, con independencia de que esta haya concluido.

La persona de especial protección es la mujer, lo que impide que se aplique esta agravante cuando la víctima sea el hombre, pero no que una mujer pueda ser el sujeto activo de este tipo de lesiones agravadas - ámbito de relaciones homosexuales entre mujeres -. Esta redacción, que también es la utilizada en el artículo 153 CP, supuso el planteamiento de varias cuestiones de inconstitucionalidad por vulnerar el principio de igualdad (que han sido desestimadas), pues excluye al hombre como sujeto de protección reforzada en el ámbito de la violencia afectiva o familiar¹⁸. El TC en su STC de 22 de julio de 2010 entiende que en la violencia ejercida del hombre contra la mujer, en situaciones de pareja, siempre existirá un componente discriminatorio¹⁹. Esta interpretación, amén de ser muy cuestionable, quiebra cuando la violencia la ejerce la mujer contra otra mujer, donde no es posible fundamentar un motivo discriminatorio de corte histórico o sociológico, pero que aplicará este tipo pena a ese tipo de violencia, y lo excluirá cuando un hombre ejerce la violencia contra otro hombre en una relación de afectividad similar.

¹⁷ Modificado por la LO 8/2021. Con anterioridad la edad era de 12 años y ha aumentado a 14.

¹⁸ En mi opinión resulta más correcta la dicción del artículo 173.2 CP, pues se refiere al cónyuge o persona ligada a él por análoga relación, lo que incluye al hombre y a la mujer.

¹⁹ STC de 22 de julio de 2010. *Una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa con una pauta cultural - la desigualdad en el ámbito de la pareja - generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios usos de la violencia en otro contexto...Supone una mayor lesividad a las víctimas porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio de la conducta, que restringe la posibilidad de actuación libre de la víctima".* Esta sentencia cuenta con tres votos particulares.

Juan golpea a su ex novia Mariana y le causa lesiones del artículo 147.1 CP (aplica la agravante).

Mabel golpea a su ex novia Mariana y le causa lesiones del artículo 147.1 CP (aplica la agravante).

Pedro golpea a su ex novio Nacho y le causa lesiones del artículo 147.1 CP (no aplica la agravante pues el sujeto pasivo no se encuentra en el tipo).

e) Persona especialmente vulnerable que conviva con el autor

Para aplicar la agravante habrá de concurrir la convivencia entre el autor y la víctima, así como la especial vulnerabilidad de ésta (suele apreciarse respecto a hijos menores de edad, ancianos, etc.). No es necesario que sean familiares, ni que les una ningún vínculo afectivo, pero sí que exista convivencia.

VI. Lesiones agravadas por el resultado

La causación de daños especialmente graves – afectación a órganos, deformidades, etc. – se castiga de un modo más grave en los artículos 149 y 150 del CP. En esta ocasión, el fundamento de la agravación radica en el mayor desvalor resultado de la acción.

a) Lesiones del artículo 149

Las lesiones que causan los resultados más graves (penas de prisión de 6 a 12 años) son las tipificadas en el artículo 149 CP y son los siguientes:

- i. Pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal: Los miembros u órganos principales son partes del cuerpo que desarrollan una función autónoma (miembros: brazo, pierna, mano, etc.; órganos: riñón, pulmón, páncreas, etc.). La pérdida se equipará con la ausencia de funcionalidad del miembro u órgano.
- ii. Pérdida o inutilidad de un sentido: Como resultado de la lesión, la víctima pierde el sentido de la vista, del oído, del gusto, etc.
- iii. Impotencia o esterilidad: Se castiga la lesión que ha producido como resultado la imposibilidad del hombre para conseguir la erección del pene, o incapacidad para realizar el acto sexual, debido a causas físicas o psíquicas (impotencia). La esterilidad es la imposibilidad de fecundar o de concebir y puede afectar tanto al hombre como a la mujer.
- iv. Grave deformidad: Se castiga de forma agravada la lesión que provoca una irregularidad física relevante, visible y permanente, que altera la forma estética de la parte corporal afectada. Para ser considerada como grave debe producir una desfiguración evidente que sea apreciable. (cicatriz relevante en la cara, eliminación de una oreja, pérdida de un ojo que desfigura el rostro, etc.).

STS 22-1-2001, por deformidad se entiende toda irregularidad física permanente que conlleve una modificación corporal de la que pueden derivarse efectos sociales o convencionales negativos, de lo que se infiere que por deformidad ha de entenderse toda irregularidad o alteración física, visible y permanente que suponga desfiguración o fealdad ostensible a simple vista, desproporción, irregularidad o anormalidad de los aspectos físicos de una persona, desde la óptica de la generalidad; debiendo valorarse, en definitiva, la naturaleza de la irregularidad física, su permanencia y visibilidad.

- v. Grave enfermedad somática o psíquica: La lesión ha causado una grave enfermedad somática (que afecta a la función corporal) o psíquica. No existe un baremo establecido para valorar la gravedad, pero como criterios se evalúan la alteración de la función orgánica afectada, el riesgo para la vida, la imposibilidad de desarrollar una vida normal, etc.
- vi. Mutilación genital femenina: En el artículo 149.2 CP se ha incluido expresamente la mutilación genital femenina (ablación) como un resultado grave de lesión, equiparándolo a la pérdida o inutilidad de un miembro principal, para evitar las diferentes interpretaciones acerca de su naturaleza de esta específica lesión.

b) Lesiones del artículo 150

Cuando se cause la pérdida o inutilidad de un miembro u órgano no principal se aplicará el artículo 150 CP, que tiene una pena menor (de 3 a 6 años de prisión) por la afectación a miembros u órganos no principales. La jurisprudencia ha considerado miembros no principales los dedos, lóbulo de las orejas, etc., y los órganos tales como el bazo o la vesícula.

Asimismo, cuando la deformidad no sea grave, se aplicará este artículo. En este caso se habrá de producir un perjuicio estético sin especial relevancia: cicatrices menores en el cuerpo, pérdida de pelo en cejas, etc. Especialmente relevante - por ser más común - son los supuestos de pérdidas de piezas dentarias como consecuencia de una lesión (habitual en peleas o riñas tumultuarias). Según la jurisprudencia establecida, este tipo de resultado es ordinariamente subsumible en el artículo 150 CP. No obstante, para evitar desproporciones punitivas (la pena mínima del artículo 150 CP conlleva el ingreso en prisión), el *Acuerdo de Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2002* admite la no aplicación del artículo 150 CP a supuestos de menor entidad o que puedan ser reparados fácilmente con una intervención odontológica.

VII. Participación en riña tumultuaria

El artículo 154 CP castiga a quienes riñeren entre sí, acometiéndose tumultuariamente y utilizando medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o integridad de las personas. Nos encontramos con un artículo que pena la mera participación en una pelea donde intervengan varias personas, siempre que en esta se utilicen instrumentos peligrosos (vid. Art. 148 CP). Por lo tanto se requiere:

- ✓ La existencia de una pluralidad de personas. Habitualmente están formadas por dos grupos.
- ✓ Utilización de medios peligrosos y aptos para poner en peligro la salud o la vida de los participantes en la riña.
- ✓ Imposibilidad de determinar la autoría de las lesiones, fruto de la confusión y el fragor de la riña.

Este tipo de delito no es de resultado, sino de peligro concreto, pues no se exige que el que participe en la riña haya causado una lesión, sino que se castiga por la puesta en concreto peligro de terceros.

La SAP de Madrid de 30 de diciembre de 2014, absuelve a los participantes de una riña por los delitos de lesiones cometidos, al ser imposible concretar quiénes fueron los autores o si existió concierto previo, pero condena por el artículo 154 CP así razona que: *... como a la vista de la prueba, conforme a los anteriores razonamientos, no es posible atribuir a los acusados la autoría de los delitos de lesiones de los artículos 148 y 147 del Código Penal pues hubiere exigido probar que entre todos alguno de ellos hubiese mediado concierto o propósito común, expreso o tácito, procede dictar sentencia absolutoria respecto de tal delito en virtud del principio in dubio pro reo, calificando los hechos como constitutivos de un delito de riña tumultuaria previsto y penado en artículo 154 del Código Penal, tipo penal que considera homogéneo y por ello sin vulnerar el principio acusatorio, y exponiendo los motivos por los cuales entiende que concurren los elementos de este tipo penal, tipo penal que exige que en esa riña tumultuaria alguno (o varios) utilicen medios o elementos que pongan en peligro la vida o integridad de las personas, sin que sea necesario que los utilicen todos, constando por declaración de los testigos que al menos utilizaron palos, botellas de cristal y piedras.*

VIII. Lesiones a la esposa o mujer con relación de afectividad, aún sin convivencia, o frente a personas especialmente vulnerables con las que conviva el autor. Art.153.

Introducido por la LO 1/2004 de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Se castigan la causación de lesiones leves - las del artículo 147.2 CP, así como golpear o maltratar de obra, o causar cualquier menoscabo psíquico, a alguna de las personas entre las que exista una especial relación entre el autor y la víctima:

- Cuando la ofendida sea o haya sido esposa o mujer que esté, o haya estado, ligada a él por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia. Art.153.1 CP
- Persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Art. 153.1 CP
- Alguna de las víctimas del artículo 173.2 CP, exceptuadas las ya expuesta. Es decir, quien sea o haya sido su cónyuge (incluye al varón) así como a los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre persona que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, ... 153.2 CP.

La Sentencia de Pleno del TS de 20 de diciembre de 2018 (nº. 677/2018) resolvió un supuesto donde una pareja en una discoteca se agredió recíprocamente. La mujer le dio al varón un puñetazo en el rostro y una patada, y él le propinó un tortazo, sin que ambas conductas provocasen lesiones en el otro. En primera y segunda instancia fueron ambos absueltos, al considerar los tribunales que: [...] *se debe descartar con carácter general la aplicación del artículo 153 del Código Penal cuando se trata de agresiones mutuas en las que no queda afectado el bien jurídico protegido de preservación del ámbito familiar, sin que puedan incardinarse los hechos en el delito de maltrato de obra del artículo 147.3º del texto punitivo en ausencia de denuncia previa de los perjudicados*

El TS tras plantearse si el injusto exige un especial elemento subjetivo - ánimo de dominación - concluye de manera negativa con la siguiente argumentación: *Inexigencia del ánimo de dominación o machismo en la prueba a practicar. Ambos apartados del precepto no incluyen ni exigen entre sus elementos una prueba del ánimo de dominar o de machismo del hombre hacia la mujer, sino el comportamiento objetivo de la agresión. El "factum" solo deberá reflejar un golpe o maltrato sin causar lesión para integrar la tipicidad y llevar a cabo el proceso de subsunción, sin mayores aditamentos probatorios. Los únicos elementos subjetivos van referidos a los elementos del tipo penal, no a otros distintos o al margen de la tipicidad penal.*

[...] No existe una presunción de dominación iuris et de iure, pero ello no es elemento del tipo penal del art.153 CP. No es un elemento del tipo desde el punto de vista estrictamente técnico jurídico. Cuestión distinta es el trasfondo sociológico del hecho. El hecho típico del art. 153 CP determina la objetividad del acto según la concurrencia de los elementos de la acción descrita en el tipo penal respectivo, lo que quedará en el ámbito del derecho probatorio. Incluso en los casos en los que el acto de maltrato lo pudiera iniciar la mujer a su pareja y el hombre respondiera con un acto de maltrato igualmente podría existir un acto de dominación en el acto de la respuesta, pero ello no se exige tampoco, porque no es elemento del tipo. Y su ausencia no permite degradar el hecho a delito del art. 147.3 CP.

El TS casó la sentencia absolutoria y condenó al varón a una pena de 6 meses de prisión ex art.153.1 CP y a la mujer a una pena de 3 meses ex artículo 153.2 CP. Esta sentencia cuenta con un voto particular firmado por 4 magistrados donde se aboga por aplicar el art. 153.1 CP únicamente en supuestos de violencia de género, donde la conducta objetiva del varón se lleva a cabo en un contexto de dominación frente a la mujer, residiendo ahí la fundamentación del aumento de la pena, acogiendo de este modo la doctrina del TC, pues si no fuera así, en opinión de los magistrados firmantes se infringiría el artículo 14 CE.

IX. Maltrato de obra

El artículo 147.3 CP incluye un delito leve (antes tipificado como falta en el artículo 617.2 C.P) que, sorprendentemente no exige la causación de un resultado lesivo, sino simplemente el golpear o maltratar a otro sin causarle lesión (bofetones, collejas, etc.). Este artículo, que debería ubicarse en otro apartado donde se tipifiquen los delitos contra la integridad moral - ha sido incluido por la LO 1/2015.

Es un delito leve que, por lo tanto, exige la denuncia del ofendido para que el procedimiento se incoe.

X. Consentimiento. Art. 155 CP

A pesar de la existencia de una doctrina mayoritaria que aboga por la eficacia del consentimiento como causa de justificación, en aras a una mayor defensa de la libertad de actuar, el CP mantiene la ineficacia del consentimiento como causa de exclusión de la responsabilidad penal al castigar las lesiones causadas con consentimiento en el artículo 155 CP. El consentimiento, válida, libre, espontánea y expresamente emitido **servirá para atenuar la pena** en uno o dos grados.

La STS de 5 de junio de 2002 entra a resolver un caso paradigmático, donde en el curso de unas prácticas sadomasoquistas consentidas, se causaron lesiones de cierta entidad. Recuerda la citada sentencia que: *El tema del consentimiento en las lesiones ha sido siempre doctrinalmente polémico, girando las posiciones entre la indisponibilidad del bien jurídico que se protege y garantiza en el art. 15 de la Constitución Española y la posibilidad de dar relevancia a dicho consentimiento; [...] En el art. 155 se limita a conceder una atenuación penológica, por lo que la cuestión no ha sido definitivamente superada, pero con unos resultados que en algunos casos pueden conseguir una más adecuada respuesta penal. Respecto a los requisitos (del consentimiento), se establecen los siguientes: a) **válido**, cuya interpretación debe relacionarse con lo establecido en el propio precepto, en el sentido de que no es válido el consentimiento prestado por menor de edad o incapaz, término este último que debe corresponderse con una minusvalía aparente no siendo necesaria su declaración judicial, todo ello en relación con lo dispuesto en el art. 25 del propio Código Penal; b) **libre y espontáneo**, esto es, no condicionado por ningún elemento externo, ya que en este caso impediría su apreciación, en razón del bien jurídico protegido que lo es la integridad física, constitucionalmente protegida en el art. 15 de nuestra Carta Magna; c) **expresamente emitido por el ofendido**, no bastando con meras suposiciones sobre la prestación del tal consentimiento.*

Eso sí, la participación en la autolesión de otro se habrá de considerar impune²⁰ por aplicación del principio de accesoriedad, ya que el comportamiento del autor (aquel que se autolesiona) no se castiga, y la participación no se encuentra expresamente tipificada (a diferencia de lo que ocurre con el suicidio).

Juan le deja a Manuel su cuchillo de monte para que juegue a la ruleta con el cuchillo y sus dedos. Manuel, debido a un error de cálculo, se corta un dedo.

No obstante, el artículo 156 CP sí introduce la eficacia exculpante del consentimiento para aquel que lesione a un tercero en los siguientes supuestos:

- i. Trasplante de órganos efectuada con arreglo a la Ley 30/1979, de 27 de octubre, de extracción y trasplante de órganos.
- ii. Esterilizaciones y cirugía transexual realizada por facultativo.

En estos casos, se realiza una intervención quirúrgica que objetivamente no mejora la salud del paciente (aquel que dona un riñón, no mejora su salud, pero dispone de un órgano de su cuerpo para salvar a un tercero), para que el consentimiento adquiera eficacia justificante, es preciso que se emita válida, libre, consciente y expresamente y que no se obtenga viciadamente (con engaño), ni mediante precio, ni se otorgue por un menor o incapaz (ni tampoco por sus representantes legales), o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por estos ni por sus representantes legales.

²⁰ Salvo que el acto pueda ser considerado como una promoción a la autolesión de un menor ex artículo 156 ter CP.

XI. Tráfico ilegal de órganos

El artículo 156 bis. CP²¹ tipifica el delito de **tráfico ilícito de órganos** para intentar evitar que se pueda comerciar con partes del cuerpo humano. El tipo penal castiga tanto a los que fomenten este negocio como al receptor que, consciente de la obtención ilícita de un órgano, permita que se lo trasplanten. Así, el tipo penal identifica como autores a los que:

- A los que promuevan, favorezcan, faciliten, ejecuten o publiciten la obtención del tráfico ilegal de órganos o el trasplante.
- Al solicitante o receptor del órgano que consintiere la realización del trasplante conociendo su origen ilícito.
- A los que ofrecieren o entregaren, por sí o por persona interpuesta, dádiva o retribución de cualquier clase a personal facultativo, funcionario público o particular con ocasión del ejercicio de su profesión o cargo en clínicas, establecimientos o consultorios, públicos o privados, con el fin de que se lleve a cabo o se facilite la extracción u obtención ilícitas o la implantación de órganos ilícitamente extraídos.
- **A las personas jurídicas**, de conformidad con el artículo 31.bis CP

XII. Promoción/incitación a la autolesión de menores de edad o personas con discapacidad

La LO 8/2021 de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, ha introducido el artículo 156 ter. CP, un nuevo tipo penal que, según la Exposición de Motivos se crea *para evitar la impunidad de conductas realizadas a través de medios tecnológicos y de la comunicación, que producen graves riesgos para la vida y la integridad de las personas menores edad, así como una gran alarma social.*

El artículo 156 ter CP castiga: *La distribución o difusión pública a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar a la autolesión de personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección será castigada con la pena de prisión de seis meses a tres años.*

Las autoridades judiciales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de los contenidos a los que se refiere el párrafo anterior, para la interrupción de los servicios que ofrezcan predominantemente dichos contenidos o para el bloqueo de unos y otros cuando radiquen en el extranjero.

La técnica de tipificación es muy similar al artículo 143 bis CP, incorporado por esta misma ley para castigar el fomento del suicidio entre menores o personas con discapacidad.

²¹ Modificado por la Ley Orgánica 2/2019, de reforma del Código Penal.

El bien jurídico protegido puede identificarse como la indemnidad de los menores, en su desarrollo, respecto de contenidos que fomenten la autolesión y puedan afectar negativamente a su salud.

Nos encontramos con un delito que castiga la incitación a un hecho atípico, pues se ha de tener presente que la autolesión no se castiga. La conducta que se pena no exige los requisitos de la inducción – directa y efectiva que haga nacer esa idea – sino que se tipifican conductas de promoción, fomento e incitación, por lo que no es necesario probar que la idea y decisión de la autolesión se produjo por la actuación del tercero, pues resulta plausible que el menor ya tuviera esa idea y los contenidos publicados sirvan para reafirmar y reforzar su decisión de acometer la autolesión.

Los destinatarios de los mensajes y contenidos han de ser menores de edad o discapacitados. La duda que surge es si el objeto material – los contenidos que promueven la autolesión – deben ir específicamente dirigidos a este colectivo, o si un contenido genérico en una web que fomente la autolesión podría ser típico si está al alcance de un menor. Dado la amplitud del tipo penal, se ha de entender que será necesario que el mensaje específicamente se dirija a personas menores de edad o con una discapacidad necesitados de especial protección, lo que obviamente debe ser abarcado por el dolo del autor.

Nos encontramos ante un delito de peligro abstracto/concreto, pues aunque no se exija la puesta en peligro de una persona en concreto, el contenido debe ser idóneo para poner en peligro a un colectivo con cierta cercanía a la posibilidad de llevar a cabo el resultado (autolesión). Delito de mera actividad que se consume en el momento de publicar o enviar los contenidos que fomenten o inciten a la autolesión, sin que sea necesario que el menor haya dado inicio a la ejecución del hecho.

XIII. Lesiones imprudentes

El artículo 152 CP castiga las lesiones cometidas por imprudencia grave y menos grave. Este artículo ha sido modificado por la Ley Orgánica 2/2019, incluyendo un párrafo similar al del homicidio imprudente, a los efectos de determinar la imprudencia grave en lesiones cometidas por la conducción de vehículos a motor o ciclomotor, y por la Ley Orgánica 11/2022 incluyendo un párrafo similar en relación con la imprudencia menos grave causada por la conducción de vehículos a motor o ciclomotor. (Vid. Capítulo I. Epígrafe IV).

Cuando se cometa por imprudencia grave, la pena dependerá del resultado de las lesiones causadas, variando entre las del artículo 147.1 CP, 149 CP. y 150 CP. Se contemplan penas accesorias si las lesiones se hubieren causado utilizando un vehículo a motor o ciclomotor (son las más habituales en la práctica), utilizando un arma de fuego o por imprudencia profesional.

Cuando se causen varias lesiones por una única acción imprudente, podría ser de aplicación lo previsto en el artículo 152. Bis CP, que contempla que el Juez: *podrá imponer motivadamente la pena superior en un grado, en la extensión que estime*

conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad, en atención a la singular entidad y relevancia del riesgo creado y del deber normativo de cuidado infringido, y hubiere provocado lesiones constitutivas de delito del artículo 152.1.2.º o 3.º a una pluralidad de personas, y en dos grados si el número de lesionados fuere muy elevado.

La imprudencia menos grave solo se castiga cuando el resultado de las mismas fuese constitutiva de una lesión del art. 147.1, 149 o 150 CP. En estos casos, solo será perseguible el delito por denuncia del agraviado o por su representante legal.

XIV. Supuestos prácticos

- 1) Manuel se acerca por la espalda a Ignacio, y con un bate de béisbol, lo golpea en la cabeza. A consecuencia del impacto, Ignacio cae al suelo y se golpea con el bordillo la cabeza. Para su sanación, hubo que aplicar 10 puntos de sutura y dos grapas en el cráneo.
- 2) Juan le pega una patada a Luis, de 13 años. A consecuencia de ésta, a Luis se le inflama la región lumbar. Se le prescriben antiinflamatorios durante una semana.
- 3) María, una noche de verano, harta de los ruidos de su vecino, llama a su puerta para quejarse. Como éste no atiende a su solicitud, María saca un spray de pimienta y rocía la cara de su vecino. A consecuencia de esto, y de una complicación posterior en el hospital debido a una conjuntivitis crónica que éste padecía, pierde el ojo derecho.
- 4) Pedro le propina un puñetazo a Manuel, al ver que intenta besar a su novia. Como consecuencia del golpe, Manuel pierde las dos paletas, que le son repuestas tras la correspondiente intervención odontológica.
- 5) Ignacio conduce su honda XT de 600 cc por la calle Ríos Rosas a 70 km/h. De pronto ve a un amigo de la infancia, pita, levanta la mano y vuelve la cara durante un instante, sin apreciar que un niño de 10 años estaba cruzando por en medio de la calzada. A consecuencia del impacto, se hace necesario extirpar el bazo del niño.
- 6) En un partido de fútbol, Álvaro, harto de que Juan le regatee en el área, en un lance del encuentro, se acerca por detrás y se tira en plancha con los tacos buscando el tobillo derecho de Juan. A consecuencia del impacto, a Juan se le rompe el tobillo.
- 7) Pedro es masoquista, y le pide a su pareja que le cause dolor. En una de las ocasiones, Pedro sufre quemaduras de tercer grado, lo que le obliga a ir al hospital. Al explicar cómo se ha quemado, el facultativo comunica los hechos a la policía.

- 8) Fermín, tras una noche de juerga, vuelve a casa conduciendo con tres amigos. En un momento de la conducción, y debido a que José, para gastarle una broma, le tapa los ojos, Fermín se choca con una farola. A consecuencia del accidente Fermín pierde el bazo, Juan se rompe el brazo derecho y tres costillas, José pierde un ojo, y Martín todos los dientes de la encía superior. En la sangre de Fermín se encontró un porcentaje de alcohol de 1.8 gr/litro.
- 9) Una noche de invierno, Pedro espera a María en un portal. Cuando ésta va a entrar, y con la intención de yacer con ella, se le abalanza por la espalda y golpea a María. Para defenderse, y ante los tocamientos de Pedro, María saca un aerosol de autodefensa y se lo echa en los ojos a Pedro. A consecuencia del aerosol, Pedro se echa para atrás y cae por las escaleras del portal, rompiéndose el cuello en la caída.
- 10) Victoria es policía nacional. Durante su patrulla ve como Rosa está intentando robar una cartera. Al detenerla, y como Rosa se defiende, se ve obligada a retorcerle el brazo para ponerle las esposas. A causa de ello, Rosa sufre una luxación del codo del que tarda en curar 7 días.
- 11) Pedro necesita un trasplante de hígado para vivir. Dada su edad y estado físico, es excluido de la lista de posibles receptores de la sanidad pública. Desesperado, ofrece en internet un millón de euros por un hígado (o un trozo de hígado) compatible con el suyo.

Delitos contra la libertad

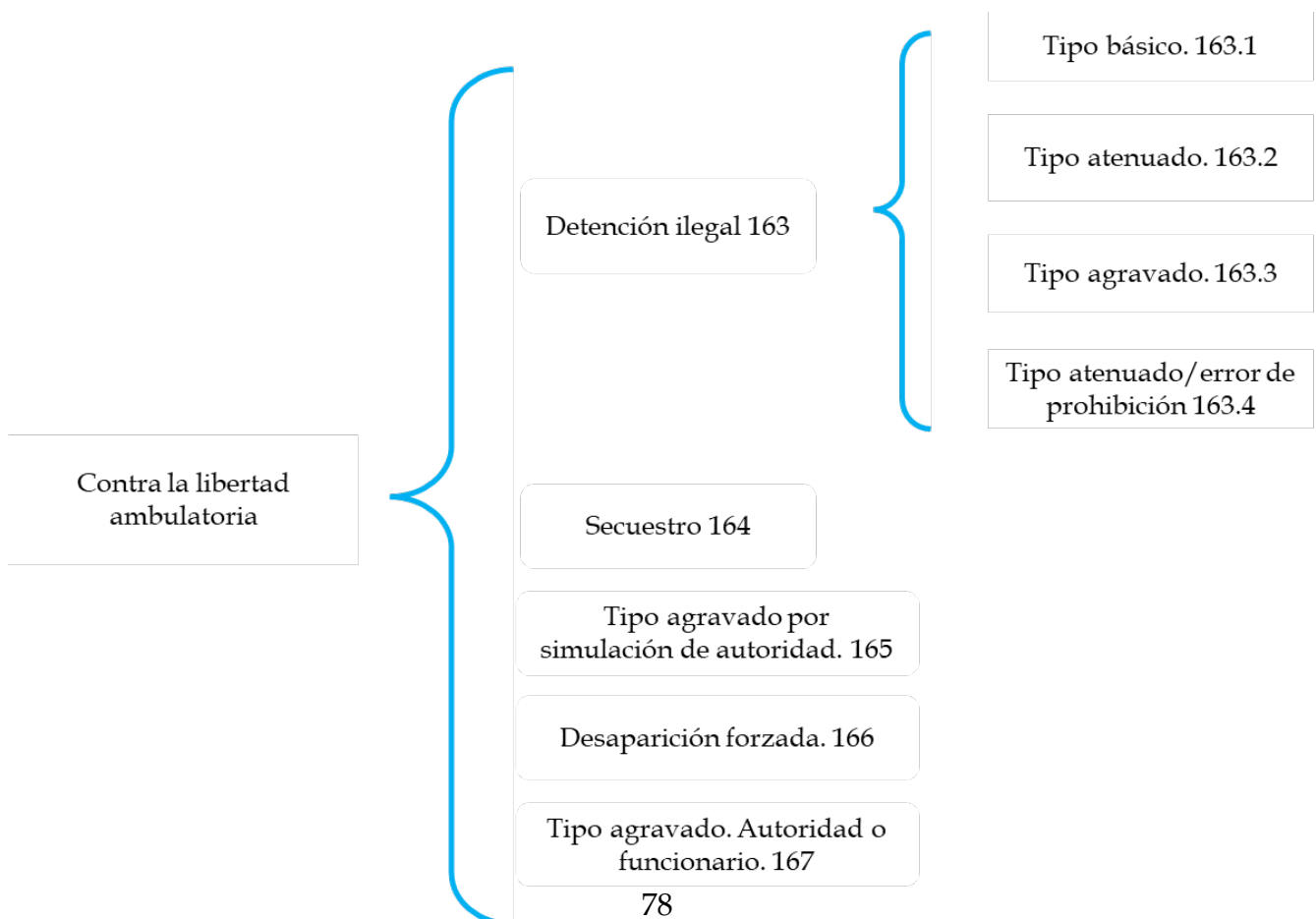
Delitos contra la libertad

I. Introducción

Tras la vida, la protección de la libertad como derecho fundamental del hombre se erige como un bien jurídico de primer nivel, pues el don más preciado, tras la vida y la salud, es la libertad. Libertad de la que puede ser privada un ciudadano por el Estado legalmente, siempre que aquél cometa un delito que tenga prevista pena de prisión y se pruebe su culpabilidad tras el procedimiento penal aplicable.

El artículo 17 CE consagra el derecho a la libertad y a la seguridad. Libertad que ha sido definida por el Tribunal Constitucional como *la autonomía del individuo para elegir entre diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias* [STC 113/1994, de 14 de abril]. Este derecho esencial tiene ramificaciones concretas en el modo de ejecutar esa libertad, desglosándose en distintos modos de disfrutarla: libertad ambulatoria, libertad sexual, libertad de expresión, libertad de asociación, etc. En esta lección se analizarán los delitos que afectan a determinados modos de concretar este derecho a la libertad, en concreto, **la libertad ambulatoria, la libre formación de la voluntad y la libertad de obrar de acuerdo con la legalidad.**

II. Contra la libertad ambulatoria



III. Elementos comunes

a) Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido en los delitos de detenciones ilegales y secuestros es la **libertad ambulatoria o de movimiento**, como concreción del derecho a la libertad. En la importancia de este derecho fundamental y su especial protección – junto con la vida y la salud – radica la alta penalidad contemplada en los supuestos típicos. De hecho, la auto privación de libertad es, paradójicamente, una expresión del ejercicio de la misma y la conducta sería atípica, por lo que el bien jurídico es disponible.

Si yo voluntariamente me encierro, no me privan de libertad, sino que la ejerzo con mi propio encierro. Si puedo salir en el momento que quiera porque me abre quien está fuera el hecho no sería ni siquiera típico.

Ej. Una persona pide a otra que la encierre durante 5 días para poder meditar y descansar.

Ej. María ingresa voluntariamente en un convento de clausura.

b) Sujeto activo

Cualquier persona. Se apreciará la modalidad agravada del artículo 167 CP cuando el autor sea un funcionario público o autoridad (pena mitad superior pudiendo llegar a superior en grado).

c) Sujeto pasivo

Cualquier persona viva, incluso los inimputables o las personas que legalmente tienen restringida su libertad de movimiento, en tanto todo sujeto disfruta de un ámbito, siquiera mínimo, de dicha libertad. Las personas internas en Centros Penitenciarios son clasificadas en diferentes grados – de acuerdo con parámetros establecidos en la Ley General Penitenciaria y el Reglamento Penitenciario – y dentro del mismo, tienen un ámbito de libertad restringido, que sólo podrá ser modificado (restringido o ampliado) de acuerdo con la legalidad vigente y sujeto a revisión por el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Respecto a los niños que aún no han desarrollado la capacidad para andar o desplazarse, la STS de 7 de junio de 2007 los incluyó dentro del ámbito del objeto de protección de la norma, recordando que: *El hecho de que un menor de edad no pueda valerse por sí mismo y necesite para ello el auxilio de otra persona, y que incluso no pueda manifestar su voluntad contraria a ser privado de libertad, no implica que no sea titular del derecho a la libertad individual, aun cuando precise de un tercero para hacerla efectiva...*

El artículo 165 CP agrava la pena cuando la privación de libertad se ejerce sobre sujetos especialmente protegidos: menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

d) Objeto material

El propio sujeto pasivo que es privado de libertad contra su voluntad.

e) Iter criminis y consumación

Nos encontramos ante delitos de **consumación permanente**. Ello sucede porque el delito se consuma cuando el sujeto pierde su libertad, pero no concluye hasta que la detención o el encierro llega a su fin, por cualquier causa²².

Juan encierra a Raquel en el sótano de su morada. La privación de libertad se perfecciona desde el momento que Juan cierra la puerta. Durante todo el tiempo de detención, el delito se sigue consumando de manera permanente, y concluye cuando Juan pone en libertad a Raquel.

Son delitos de resultado, que se consuman con privación de libertad del sujeto pasivo, y mientras dure la privación, el delito se seguirá consumando. **El tipo penal no establece un tiempo mínimo de privación de libertad para considerar el delito consumado.** Así, una detención de un minuto podría ser típica. En ocasiones, para evitar la alta penalidad de las detenciones de muy breve duración, el TS lo ha reconducido al delito de coacciones (STS 27 de febrero de 2007), pero en otras ocasiones, ha castigado las detenciones muy cortas, de cinco minutos, como detenciones ilegales interpretando la voluntad del autor (STS 21 julio 1999. Si bien es cierto, que en este caso, la detención fue muy breve porque el sujeto logró soltarse de las ataduras a los pocos minutos). Los criterios determinantes son, según la jurisprudencia, tanto el tiempo de la detención como las intenciones del sujeto activo. Igualmente se valoran los medios empleados, y si han anulado totalmente (detenciones) o solo reducido (coacciones) la libertad de movimiento.

Por otro lado, se ha de tener en cuenta que al encontrarnos ante bienes jurídicos personalísimos, se cometerán tantos delitos de detención ilegal como personas se vean privadas de su libertad ambulatoria, por lo que si se encierra a varias personas, se cometerán tantos delitos como sujetos pasivos hayan sido afectados.

SAP Cádiz (Sección 8ª) de 8 de noviembre de 2014. *Por otro lado, y aun cuando la defensa no ha propuesto cuestión alguna al respecto, debemos decir que debemos calificar de ocho delitos de detención ilegal y no de un solo, conforme a doctrina jurisprudencial constante y reiterada, de la que reciente ejemplo la sentencia núm. 1261/97 de 15 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7669) , siendo ponente José Manuel Martínez-Pereda, quien conceptúa el delito de detención ilegal como infracción afectante a bienes eminentemente personales, como la libertad del individuo y estima en el caso que analiza no uno sino diez los delitos de tal clase por ser diez precisamente los sujetos afectados en sus derechos personalísimos a los que se impide la libertad ambulatoria, derechos intransferibles e inseparables de la persona - sentencia de 6 de julio de 1983 (RJ 1983, 4099) - y tal criterio tradicional se mantiene en posteriores resoluciones -«ad exemplum», 6 de marzo (RJ 1984, 1709) y 4 de octubre de 1984 (RJ 1984, 4797) , 17 de abril de 1991 (RJ 1991, 2799) y 27 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8537) - que rechazan abiertamente la continuidad delictiva cuando la infracción afecte a bienes eminentemente personales, como el de la libertad en sus variadas manifestaciones.*

El artículo 168 C.P castiga expresamente los actos preparatorios para la comisión de los delitos del capítulo, por lo que se castiga la proposición, la provocación y la conspiración para cometer detenciones ilegales y secuestros.

²² Ello tiene importancia a efecto del cálculo del plazo de prescripción, o para evitar aplicar la figura del delito continuado.

f) Elemento subjetivo

Los secuestros y detenciones ilegales sólo se castigan cuando se cometen de un modo doloso. En la mayoría de los casos, suele representarse el dolo directo (siempre en el secuestro). La imprudencia que provoca la privación de libertad de una persona, no se castiga.

Un bedel cierra la facultad sin apreciar que hay un alumno dentro, y queda encerrado toda la noche.

IV. Detención ilegal

El artículo 163 castiga al particular (en caso de que el sujeto activo sea funcionario o autoridad se aplicará el tipo agravado del art. 167 CP) que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad.

La acción consiste en **encerrar** – meter a una persona en un espacio delimitado del que no pueda salir – o **detener** – impedir el desplazamiento de una persona por medio de la fuerza en un lugar abierto, aunque como ya apreció GROIZARD, *todo el que encierra, detiene*.

Mario encierra a Juan en el desván de su casa. (Encierro)

Pedro encadena a Luis a un poste de la luz, en un descampado. (Detención)

El resultado es la privación de libertad del sujeto pasivo, contra su voluntad, que no podrá desplazarse durante un lapso de tiempo concreto. El delito puede cometerse “de cualquier forma, en cualquier lugar y por cualquier tiempo”. La doctrina y jurisprudencia mayoritaria entienden que la detención ilegal y el secuestro es un tipo de resultado (pérdida de libertad), por lo que cabría apreciar claramente la tentativa, aunque otra parte (MIRAT HERNÁNDEZ) lo considera un delito de mera actividad.

La conducta debe ser llevada a cabo contra la voluntad del sujeto pasivo, porque el consentimiento de éste elimina la antijuridicidad de la acción.

En 1971, se llevó a cabo un experimento por un equipo de investigadores liderado por Philip Zimbardo de la Universidad de Stanford. Éste consistía en reclutar voluntarios que desempeñarían los roles de guardias y prisioneros en una prisión ficticia creada en la misma Universidad de Stanford. Los prisioneros adoptaron ese rol voluntariamente (lo que elimina la antijuridicidad de la conducta), hasta que hubo que suspenderlo por la violencia que ejercían los voluntarios que adoptaron el papel de guardias. En este caso, el consentimiento eliminaría la antijuridicidad siempre que se respetasen los términos acordados por los que accedieron a ser encerrados.

En ocasiones, se suelen producir supuestos conflictivos de concursos entre el delito de detención ilegal con el robo con violencia o la agresión sexual. Durante la comisión de estos delitos, es habitual que se limite o anule la libertad o capacidad de movimiento de la víctima del robo o de un tercero (por ejemplo, un empleado del hogar que se encuentra en el domicilio donde se entra a robar). De un modo mayoritario, la jurisprudencia estima que la privación de libertad quedará absorbida por el delito de robo, **siempre que la privación de libertad no supere el tiempo estrictamente necesario para consumir los delitos principales**. En caso contrario, se podría aplicar el concurso real – cuando se deja

atada a la víctima una vez concluido el robo – o el concurso ideal, cuando el plazo de detención tiene sustantividad propia debido a su alta duración.

La STS de 27 de octubre de 2006 (nº.1053/2006), resume las tres opciones posibles – concurso real, concurso de normas y concurso ideal – del modo siguiente:

1º. *El que podemos considerar ordinario, que parte de la concepción de que en todo delito de robo con violencia o intimidación en las personas hay siempre una privación de la libertad ambulatoria, consecuencia necesaria del acto de amenaza o de fuerza física que paraliza los movimientos de la víctima. **Habría aquí un concurso de normas, con particular aplicación de la regla de la absorción del núm. 3º del art. 8 CP**, porque el precepto más amplio o complejo –el mencionado robo– consume en su seno aquel otro más simple –la detención ilegal–.*

2º. *Otro supuesto es aquel en que no se produce esa coincidencia temporal, pues, consumado el hecho de la apropiación material del bien mueble ajeno, **se deja a la víctima o a algún rehén atado, esposado, encerrado, en definitiva impedido para moverse de un sitio a otro**. Si ello se hace en condiciones tales que el autor del hecho puede pensar que esa privación de libertad posterior al hecho de la consumación del robo lo ha de ser, no por unos breves momentos, ordinariamente el necesario para poder escapar, sino que cabe prever que tardará algún tiempo en verse libre, **nos hallaríamos ante un concurso real de delitos**, el primero de robo, y el posterior de detención ilegal a castigar conforme al art. 73 CP.*

3º. *Puede ocurrir que sí exista esa coincidencia temporal entre los dos delitos, pues la detención se produce durante el episodio central del robo, es decir, mientras se están realizando las actividades necesarias para el apoderamiento de la cosa; pero ello en un prolongado período de tiempo durante el cual simultáneamente se está produciendo el despojo patrimonial y el atentado a la libertad personal. Desde el punto de vista del criterio de la valoración jurídica antes referido, hay que decir que en estos casos la significación ilícita de la detención tiene tal relevancia que no cabe afirmar su absorción en el robo como elemento integrante de la violencia o intimidación propia de este último delito. **Nos encontraríamos entonces ante un concurso ideal de delitos del art. 77 CP**. Así se viene pronunciando esta Sala en casos de duración claramente excesiva, aunque hay que comprender la dificultad que existe para distinguir este supuesto del examinado en primer lugar. Véanse las Sentencias de este Tribunal de 8-10-1998 (RJ 1998, 6976) , 3-3-1999 (RJ 1999, 1945) , 11-9-2000 (RJ 2000, 7752) y 25-1-2002 (RJ 2002, 1440) . Las tres últimas contemplan casos de tres horas en la privación de libertad transcurridas mientras los autores del robo tenían retenida a la víctima a la que pretendían despojar de su dinero usando su tarjeta en uno o varios cajeros automáticos. Tan larga privación de libertad no puede considerarse consumida en la violencia o intimidación personal que acompaña a estos delitos de robo. Es necesario aplicar las sanciones de los dos delitos para abarcar la total ilicitud punible de estos comportamientos.*

Esta situación también puede plantearse en el ámbito de las agresiones sexuales. La STS de 5 de diciembre de 2005, en un supuesto donde se retiene en su casa a su pareja, y en un determinado momento el autor la agrede sexualmente, resume la cuestión del modo siguiente: *En el caso que se examina, en lo que excede de la violencia o intimidación necesarias para la agresión sexual, ésta puede concurrir con la detención ilegal (SSTS 513/97 de 19.4 [RJ 1997, 3529] , 33/2001 de 17/1 [RJ 2001, 455] , 1108/2002 de 11.6 [RJ 2002, 6924]). **La autonomía del delito de detención ilegal supone que la privación del derecho fundamental a la libertad tenga una existencia sustantiva y propia, con independencia de la propia retención derivada de la agresión sexual**. Por ello, cuando, como es el supuesto enjuiciado, el tiempo y circunstancia de la detención exceden con mucho del que era preciso para la comisión de la violación y aún hubiera transcurrido más tiempo de no haber logrado la víctima avisar a la Guardia Civil **la detención adquiere una***

entidad propia e independiente de los delitos anteriores y ha de ser penada por separado Existieron pues dos acciones independientes realizadas sucesivamente....

a) Subtipos atenuados

a. Duración inferior a tres días. Art. 163.2

La pena se atenúa cuando el culpable pone en libertad al detenido, dentro de los tres primeros días desde la privación de libertad, siempre que lo haga de **manera voluntaria, espontánea y libre** – sin la intervención de la policía, de un tercero o porque se escape la víctima – **y sin haber logrado el propósito que se había propuesto.**

Lo que se premia es el arrepentimiento del autor, y aunque el delito ya se ha consumado, se atenúa la pena en función del escaso tiempo de privación de libertad que se ha consumido.

La STS de 9 de mayo de 2006 resuelve un supuesto donde se produce un robo con violencia sobre dos víctimas, con posterioridad se les traslada en un coche y se les deja atadas a un árbol, pudiendo soltarse ambas víctimas poco tiempo después de ser abandonadas. Frente al recurso de casación que defendía la existencia de un concurso de normas subsumidas en el robo con violencia, el TS estima que: *en los hechos hay tres momentos claramente diferenciables y relativamente autónomos. Uno primero, aquél en el que los perjudicados fueron abordados y despojados de sus objetos, que es cuando se consumó la acción constitutiva de robo. Seguidamente, se produjo un traslado coactivo en el coche a otro lugar, ciertamente ya ajeno a la dinámica propia de esa primera acción; y, finalmente, otra nueva, consistente en inmovilizar a ambas víctimas, atándolas de pies y manos a un árbol y amordazándolas. Conducta ésta que, ya por sí sola, satisfaría las exigencias del tipo del art. 163, 1 CP, pues comportó una ilegítima privación de la libertad de movimientos de ambos afectados, llevada a cabo de forma claramente dolosa (SSTS 16/2005, de 21 de enero [RJ 2005, 1003] y 1060/2000, de 17 de junio [RJ 2000, 6313] , entre otras muchas). Téngase en cuenta que no se aplica el tipo atenuado, dado que las víctimas se desataron por su propia pericia y agilidad, no porque los autores los desataran voluntariamente.*

La STS de 27 de abril de 2007 recordaba que: *El delito de detención ilegal constituye una infracción instantánea que se consume desde el momento mismo en que la detención o el encierro tienen lugar. De ahí que, en principio, el mayor o menor lapso de tiempo durante el cual se proyecta el delito no es lo más relevante, pues lo esencial es la privación de libertad, aunque sea por breve espacio de tiempo, y el ánimo del autor orientado a causarla. Se trata asimismo de un delito permanente, en el sentido de que la acción típica se sigue realizando, de modo ininterrumpido, más allá del momento consumativo inicial. El hecho de que el delito se consume desde el momento inicial del encierro o detención no excluye la consideración de que el principio de ofensividad exige una mínima duración de la acción típica, para que ésta alcance la relevancia necesaria.*

Esta Sala ha considerado que cuando la situación de privación de libertad es interrumpida como consecuencia de actuaciones de terceros ajenas a la propia decisión del autor, bien sea por la actuación de efectivos policiales, bien por el propio detenido o bien por otros particulares, no resulta aplicable el subtipo privilegiado del artículo 163.2, pues para ello es precisa la voluntad del autor del delito en ese sentido, y no puede presumirse tal voluntad en todo caso.

b. Tipo atenuado por error de prohibición. Art. 163.4

Un particular puede detener a otro en determinados casos, previstos en el artículo 490 LECrim y son los siguientes: a) al que intentare cometer un delito, en

el momento de ir a cometerlo; b) ante la comisión de un delito *in fraganti*; c) al que se fugue de un establecimiento penal sin haber extinguido la condena, o durante su traslado a un centro penitenciario o asimilado, o al detenido que se fugase; d) al procesado o condenado que estuviese en rebeldía.

El artículo 163.4 CP castiga al particular que actúa en un error de prohibición, pues cree erróneamente que tiene el derecho o el deber de detener a una persona y llevarla ante las autoridades, cuando tal derecho o deber no existe. En este supuesto no se exige prueba del error, el cual se desvela con la finalidad de la detención, que no debe ser otra que presentar al detenido ante las autoridades.

Luis ve a un joven bebiendo una litrona en su portal. Irritado por su actitud lo coge fuertemente del brazo y lo lleva por la fuerza a una comisaría cercana.

El *Acuerdo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2009*, concluye que esta modalidad atenuada es también aplicable a los supuestos previstos en el artículo 167 CP, cuando el autor de la detención es autoridad o funcionario público.

b) Subtipo agravado

El criterio de agravación del artículo 163.3. CP radica, exclusivamente en un criterio temporal. Si el encierro o la detención **dura más de 15 días** se impondrá una pena de 5 a 8 años de prisión.

V. Secuestro

La conducta típica del secuestro es similar a la de la detención ilegal, a la que se le añade un elemento cualificante: **exigir alguna condición para poner a la persona en libertad.**

La condición no tiene por qué ser económica, sino que su naturaleza puede ser cualquier otra (poner en libertad a un tercero, por ejemplo). Suele ir dirigida a terceras personas, y ahí radica el aumento de la penalidad. Para apreciar un secuestro no es necesario que la condición se cumpla, sino que basta con exigirla y que llegue a conocimiento del destinatario (STS 17 de marzo de 2010).

Se ha de tener en cuenta que si el rescate se exige ante la misma persona, la conducta se asemeja más a un robo con violencia. Así lo recuerda la STS de 5 de marzo de 1999: *Desde hace años, un sector doctrinal viene señalando que, cuando se exige rescate para poner en libertad a la persona detenida, el texto legal se refiere a la detención ilegal de persona diversa de aquella a quien se exige el rescate, por lo que el sujeto a quien dirige la petición de rescate no es a la persona detenida sino otra bien distinta, afirmándose que de exigirse el rescate al mismo detenido el hecho constituiría una modalidad del delito de robo*

Juan es asaltado en la calle, y a punta de navaja es retenido en un portal. El agresor le dice que si le consigue 300 € de un cajero, lo pondrá en libertad. Juan, acompañado por el agresor se acerca al cajero y saca el dinero. Una vez tiene el dinero, el agresor se aleja.

Asimismo, resulta irrelevante para la calificación como secuestro que la víctima esté o no con vida al tiempo de solicitar el rescate.

La STS de 5 de marzo de 1999, en un supuesto donde se solicitó el rescate una vez había fallecido la víctima, y en donde se había absuelto a los acusados por secuestro por esta razón en primera instancia, estima el recurso del ministerio fiscal para castigar también por secuestro, argumentando que: *Lo cierto es que en el supuesto que examinamos el propósito de exigir rescate surge desde el mismo momento en el que se decide privar de libertad a la víctima y, una vez materializada la detención, se obtienen la información y datos precisos para una más efectiva petición de rescate, que como antes indicaba la jurisprudencia de esta Sala, generalmente coincidirá con un momento posterior, no importando el tiempo transcurrido, siempre que tal petición se produzca. Si eso sucede el tipo objetivo y el tipo subjetivo se habrán completado y el delito estará consumado, con independencia de que se haya conseguido obtener el rescate, ya que ello pertenece al estadio del agotamiento del delito y sin que el tipo exija, al momento de solicitar el rescate, que la víctima se encuentre viva, siempre que los destinatarios de la petición así lo crean y se vean compelidos a atender una petición de rescate para lograr la libertad de una persona en la que confían que está todavía con vida.*

Como en las detenciones ilegales, si se pone en libertad a la víctima de forma espontánea y voluntaria, y sin haber logrado el objetivo, dentro de **los tres primeros días** de privación de libertad se atenuará la pena. Si el secuestro dura **más de 15 días** se aplicará una pena agravada.

VI. Subtipo agravado

El artículo 165 CP establece una agravante, aplicable tanto a las detenciones ilegales como al secuestro, cuando estos se hayan **ejecutado con simulación de autoridad o función pública** (por la mayor peligrosidad del modo de ejecución), o por la especial característica de la víctima, cuando ésta **fuera menor de edad, o persona con discapacidad necesitada de especial protección o funcionario público en ejercicio de sus funciones**.

VII. Desaparición forzada de personas

El artículo 166 CP castiga, de un modo más grave al autor de una detención ilegal o de un secuestro que **no dé razón del paradero de la víctima**. El fundamento de la agravación de la pena resulta ciertamente cuestionable pues, para parte de la doctrina, ésta reside en la mera sospecha de que, al no dar razón del paradero de la víctima, ésta haya muerto durante el secuestro o la detención.

Esta agravante resulta constitucionalmente cuestionable, pues se castiga con mayor pena al autor porque éste no está dispuesto a auto incriminarse, ya que dando razón del paradero de la víctima asumiría la comisión del delito de detención ilegal o secuestro. Ello es contrario al artículo 24.2 C.E. , en concreto el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Nótese que se castiga a la persona por no reconocer unos hechos que parece que ha cometido. Así, se castiga la privación de libertad junto con la negativa a dar información sobre la víctima, o dar conscientemente una información falsa, que podría ser equiparable a la “ocultación de la información”.

Las razones de política criminal para incluir este tipo delictivo agravado parece que reside castigar el sufrimiento “extra” de los familiares de la víctima, pues éste se alarga hasta que no se encuentre el cuerpo del secuestrado o detenido y puedan darle sepultura.

En el caso de Santiago Corella “El Nani” se planteó este tipo penal, pues una persona que había cometido un delito fue detenido por la Policía y desapareció en los calabozos, sin que se diera nunca razón del paradero. En la STS de 25 de junio de 1990, el tribunal justificó la aplicación de este tipo penal del modo siguiente: *“La Ley penal establece una pena progresiva más alta en función del tiempo que dura la detención ilegal y nadie discute la legitimidad de tal agravación y fija, por último, una pena superior cuando ni siquiera se conoce el paradero del detenido. No hay en el precepto sospechas de muerte ni siquiera de atentado a la integridad sino constatación de un hecho indiscutible: que al detenido no se le puso en libertad”*.

La SAP de la Sección tercera de Cantabria de 3 de junio de 2004, condenó por un delito del artículo 166 CP bajo la siguiente argumentación: *Debe decirse, así mismo, respecto del tipo contemplado en el art. 166 del CP, que ambas acusaciones imputan a los procesados, que la STS de 25 de junio de 1990 (RJ 1990, 5665) establece, en relación con el tipo del art. 483 del antiguo Código Penal (RCL 1973, 2255) , del que el actual art. 166 es reproducción, si bien prescindiendo de la expresión «no acreditarle haberle dejado en libertad», que el delito, a veces tildado de sospecha, sólo es compatible con el orden constitucional, si en él se prescinde por completo de la idea de que el plus punitivo nace de sospechas de que el sujeto detenido muriera. Así los datos o circunstancias que sirven de base al tipo penal comentado han de ser probados a través de la actividad desarrollada en el juicio oral, bajo los principios de inmediación y contradicción en los términos exigidos con carácter general por el Tribunal Constitucional. En consecuencia, la apreciación del delito exige que haya de acreditarse por las acusaciones la detención ilegal de la persona desaparecida, la ausencia de toda explicación razonable de la desaparición y la omisión de la puesta en libertad.*

A juicio de esta Sala, en el supuesto enjuiciado se han acreditado todos los elementos integrantes del tipo penal comentado. En efecto la detención ilegal ha resultado acreditada por la confesión de José Luis en los términos ya examinados. Los acusados golpean a Raúl en cabeza y cuerpo hasta hacerle perder el conocimiento y lo encierran en el coche circulando con él por varias carreteras, hasta que al cabo de un tiempo impreciso le roban y le encierran en el maletero del vehículo, tal y como acredita la existencia de abundante sangre en el mismo. Resulta exento de toda necesidad de fundamentación que tal hecho supone un encierro constitutivo de delito de detención ilegal en su modalidad básica, delito que se configura como infracción penal de consumación instantánea (SSTS 28 de noviembre de 1996 [RJ 1996, 8889] o 31 de marzo de 2000 [RJ 2000, 3490]) y que ya se cometió por los acusados en el hecho de introducir a Raúl, una vez inconsciente en el asiento trasero del vehículo.

Resulta así mismo acreditada la ausencia de toda explicación razonable sobre la desaparición de Raúl. En este extremo argumentan las defensas que Raúl desaparecía con frecuencia cuando cobraba la mensualidad y debe decirse que tal extremo ha sido expresamente admitido por su esposa Inés; pero igualmente debe decirse que dicha testigo manifiesta que su marido se ausentaba durante un día y que siempre daba razón sino de su paradero, sí de que se encontraba bien, lo que hasta la fecha de hoy, transcurridos casi seis años desde la desaparición, no ha ocurrido. No existe explicación razonable alguna sobre la desaparición de Raúl y no contribuye a la misma que extrajese de la cuenta bancaria el día antes de su desaparición la misma cantidad que mensualmente extraía dejando dinero en la cuenta, pues tal comportamiento era el habitual en el desaparecido.

Por otro lado, el hecho de que el delito de detención ilegal sea de consumación permanente ha llevado a parte de la doctrina a defender que el plazo de prescripción del delito no comenzará hasta que se haya dado razón del paradero de la víctima, lo que tiene importancia para la persecución de delitos de desaparición forzada de personas en dictaduras o estados totalitarios que vulneran sistemáticamente los derechos humanos, donde tras su comisión ha seguido un periodo de impunidad que impedían la investigación de los hechos.

Con la última reforma del Código Penal se han incluido dos supuestos agravados para esta modalidad de detención ilegal, cuando:

- La víctima fuera menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección.
- Que el autor hubiese llevado a cabo la detención o el secuestro **con la intención de atentar contra la libertad o indemnidad sexual de la víctima**, o hubiere actuado posteriormente con dicha finalidad.

La redacción de esta última causa de agravación plantea incógnitas que deberían ser corregidas, pues se castiga a quien cometa el delito con la “intención de” agredir sexualmente a la víctima, pero qué sucedería si finalmente no se agrede. ¿Se castiga la intención? ¿Se castiga el pensamiento? De momento hemos de defender que el pensamiento sigue sin delinquir, por lo que habrá de interpretarse que la aplicación de este tipo agravado dependerá de que, al menos, se haya iniciado la ejecución (tentativa) de un delito contra la libertad o indemnidad sexual. Dicha interpretación sería coherente con la segunda parte del párrafo que exige que “se hubiera actuado” posteriormente con dicha finalidad.

VIII. Detención o secuestro cometido por funcionario público o autoridad

En el artículo 167 CP se castiga de un modo más grave a las personas que legalmente pueden detener a otra persona (funcionarios o autoridades - policías, jueces, etc.), cuando **actúen fuera de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa por delito**.

El fundamento de la agravante puede encontrarse, entre otras, en la STS 26 de marzo de 2006: De entrada hay que afirmar la gravedad ínsita del delito de detención ilegal cometido por un agente de policía al pervertirse las facultades que la Sociedad le ha entregado para defensa de la Ley y de los derechos de los ciudadanos, desviándolos para satisfacciones personales generando situaciones abusivas, por lo que a priori no debe estimarse desproporcionada la Ley.

El nuevo Código Penal ha incluido dos subtipos derivados de esta conducta:

- Cuando mediando o no causa por delito, el funcionario acordare, practicare o prolongare la privación de libertad de cualquiera y no reconociese dicha privación de libertad o, de cualquier otro modo ocultase la situación o paradero de esa persona privándola de sus derechos constitucionales o legales.
- El particular que hubiere llevado a cabo estos hechos con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado o de sus autoridades.

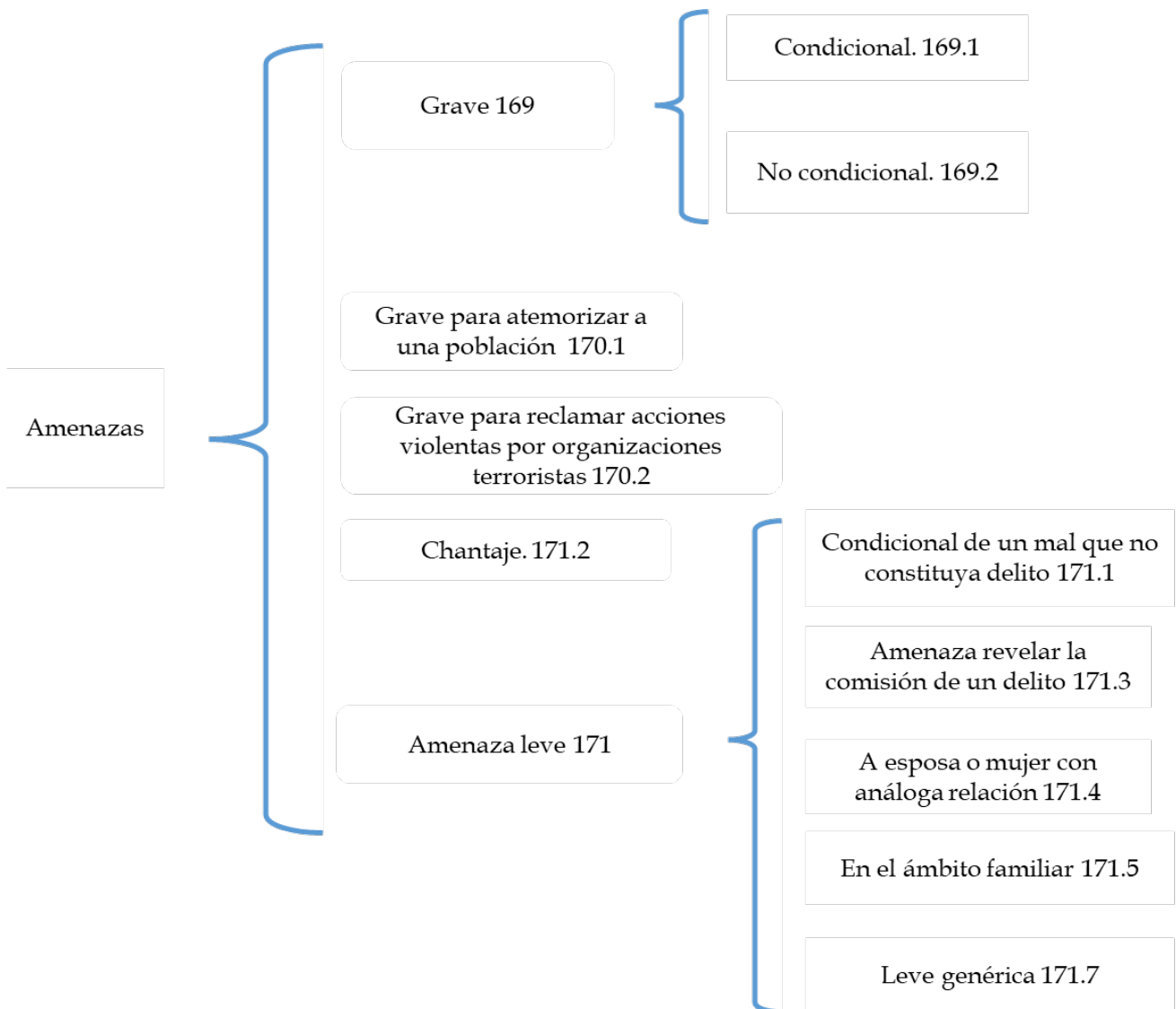
En este último caso se castiga más gravemente debido a que el particular actúa como un resorte del Estado, pues a pesar de no formar legalmente parte de éste, actúa bajo sus designios como una fuerza parapolicial o paramilitar. Se suele producir en los casos de inestabilidad política donde se utilizan grupos paramilitares o milicias que actúan al servicio del Estado.

IX. Supuestos prácticos.

- 1) Manuel y Carlos encierran a Rubén, y solicitan 3.000 € para ponerlo en libertad. Tras 23 horas, reciben los 3.000 € y lo ponen en libertad.
- 2) José, haciéndose pasar por Guardia Civil, llama a la puerta de Juan. Cuando éste le abre, lo golpea con una porra que le causa una brecha en la ceja y lo ata a la silla. Una vez ha desvalijado la casa, se marcha dejándolo atado a la silla.
- 3) Marta está enamorada de José. Con la esperanza de que éste le declare su amor lo cita en su casa y le da un potente somnífero. Cuando éste se despierta se encuentra atado al sofá. Tras 2 días de detención y viendo que José no declara su amor, lo suelta y lo pone en libertad.
- 4) José es el monitor de un campamento de niños de 15 años. Una tarde, tras revisar la clase donde se han impartido las lecciones, cierra la puerta sin apreciar que había dos niños escondidos. Estos estuvieron encerrados en la clase toda la noche.
- 5) Juan y Carlos apresan a Mario. Una vez detenido, lo torturan para que les diga donde ha escondido el botín del robo. Durante la tortura, Mario muere. Para evitar ser descubiertos esconden el cadáver. Tras ser apresados, niegan su participación en el secuestro. El cuerpo de Mario nunca apareció.
- 6) El estado X contrata a un grupo de 5 ex policías, para que detengan y encierren a los disidentes políticos. En dos meses de actuación, el grupo criminal secuestran a 12 personas. Tres de ellas son asesinadas por el grupo criminal.
- 7) Pedro detiene a Marta, con la intención de agredirla sexualmente. No obstante, cuando la detiene, se apiada de ella y la pone en libertad a las 24 horas.
- 8) Jaime aprehende a Macarena, y solicita un rescate de un millón de euros. Al segundo día de detención, ve en las noticias que la policía lo ha identificado y se dirige a su domicilio. Para evitar ser apresado, pone en libertad a Macarena y escapa a Portugal.
- 9) Pedro y Luis detienen a Ramón, un conocido empresario. Una vez apresado, le rodean el cuerpo con dinamita y le dicen que lo dejarán en libertad y que debe ir a su empresa y traerles 3 millones de euros, advirtiéndole que no intente quitarse los explosivos porque estallará. Ramón, al ser liberado, intenta quitarse el material explosivo, lo que produce la deflagración, acabando con la vida de Ramón.

10) Al final de una clase, 5 alumnos impiden al profesor, por la fuerza, salir de la clase, conminándole a revelar las respuestas del examen. Tras una hora de negociación, permiten salir al heroico profesor sin que éste les haya revelado las respuestas.

Contra la libertad de obrar/libre formación de la voluntad



I. Amenazas

Una amenaza es el anuncio de un mal a otra persona, a su familia o a un tercero con el que se encuentre íntimamente vinculado.

a) Bien jurídico

Con el anuncio de un mal se pretende torcer o forzar la voluntad de una persona. El bien jurídico protegido se identifica con **la libertad de formación de la voluntad**. Si se prefiere, a la libertad del sujeto en su fase interna, ya que se limita su actuación externa en virtud de un mensaje (amenaza) que afecta la decisión que ha de tomar. El valor protegido se identifica como la libertad de escoger sin trabas ni presiones externas qué conductas se desean realizar (RAGUÉS I VALLÉS).

En el supuesto de amenazas no condicionales, parte de la doctrina (MUÑOZ CONDE o DÍEZ RIPOLLÉS) identifican también la seguridad o la tranquilidad de la víctima como bien jurídico protegido.

b) Sujeto activo

Cualquiera

c) Sujeto Pasivo

Cualquiera

d) Conducta típica

Anunciar un mal a un tercero, a su familia o a otra persona con la que se encuentre íntimamente vinculada, ya sea verbalmente, por escrito o mediante gestos.

Si la causación del mal se supedita a la realización, por parte de un tercero, de una acción u omisión, se denominan amenazas condicionales (“si no haces tal cosa ...”). Si el anuncio del mal no depende de la realización de una condición se clasifican como amenazas no condicionales (“te voy a matar a la salida”).

El anuncio de un mal puede llevarse a cabo de diversas maneras, aunque lo más habitual es que se ejecute de manera oral o escrita. En determinadas situaciones, los gestos o los actos (como se muestra en la película El Padrino, dejar una cabeza de caballo en la cama, resulta una amenaza eficaz) podrían ser suficientes para conformar la conducta típica, siempre que de estos pueda deducirse, de un modo claro, la conducta del sujeto (delito de tipo circunstancial).

*STS 1 de junio de 2001. El delito de amenaza es un **delito de carácter circunstancial** que hace que la valoración jurídica de la acción desarrollada deba analizarse desde las expresiones proferidas, las acciones ejercidas, el contexto en el que se vierten, las condiciones del sujeto pasivo y activo y cuantas circunstancias contribuyan a la valoración contextual del hecho.*

La jurisprudencia suele exigir, para la consumación del delito, que la amenaza llegue a conocimiento del sujeto pasivo. Cuando no sucede así, normalmente ni siquiera se castiga a título de tentativa, por falta de peligro para el bien jurídico. **La consumación se produce con la llegada del anuncio a su destinatario.**

La STS de 18 de mayo de 2005 recuerda que: *La jurisprudencia de esta Sala, ya desde antiguo (SS. 9-10-1984 [RJ 1984, 4815] , 18-9-1986 [RJ 1986, 4680] , 23-5-1989 [RJ 1989, 4244] y 28-12-1990 [RJ 1990, 10105]), ha considerado el delito de amenazas como de mera actividad, que se consuma con la llegada del anuncio a su destinatario, y su ejecución consiste en la conminación de un mal con apariencia de seriedad y firmeza, sin que sea necesario la producción de la perturbación anímica que el autor persigue, de manera que basta con que las expresiones utilizadas sean aptas para amedrentar a la víctima.*

En definitiva, son elementos constitutivos de este delito, según los precedentes jurisprudenciales: 1º) Una conducta por parte del sujeto activo integrada por hechos o expresiones susceptibles de causar una intimidación en el ánimo del sujeto pasivo, dando a entender la realización futura, más o menos inmediata, de un mal; 2º) Que en el agente no sólo se dé el elemento subjetivo general de la conciencia y voluntariedad del acto, en el que pueda asentarse el reproche de culpabilidad, sino también que, la expresión del propósito sea, persistente y creíble, que es lo que integra el delito distinguiéndolo de las contravenciones afines; y 3º) Que concurren circunstancias concomitantes y circundantes a los hechos que permitan valorar la emisión y recepción del anuncio de un mal como de entidad suficiente para merecer la repulsa social y servir de soporte al juicio de antijuridicidad.

El mal que se comunica ha de ser **serio y real**, además de **futuro, ilegal, determinado, posible y dependiente del sujeto activo**. Por lo tanto, las amenazas de males irreales (echar una maldición) no son típicas. Tampoco la amenaza de un mal justo y legal (“si no me devuelves mi dinero ejercitaré las acciones que a mi derecho convengan”). Asimismo, el mal ha de ser concreto, determinado y futuro.

La STS de 18 de marzo de 2000, introduce el criterio de temporalidad para diferenciar las amenazas con las coacciones: *Las amenazas inciden sobre un proceso mediato de decisión de la víctima y las coacciones afectan con inmediatez temporal a la adopción de una conducta. Por último, el sujeto activo debe tener la capacidad, al menos potencial, de llevar a cabo su amenaza.*

e) Elemento subjetivo

Sólo se castiga la comisión dolosa de la amenaza. Quien sabe y quiere afectar a la voluntad o la tranquilidad de un tercero por medio de la amenaza de un mal.

f) Tipo

La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia entienden que se trata de un delito de mera actividad, pues la conducta típica consiste tan sólo en proferir una amenaza idónea (susceptible de producir intimidación en el sujeto pasivo), **sin necesidad de que éste sufra una efectiva perturbación anímica**, aunque sí que reciba el mensaje (STS de 24 de enero de 2000). No obstante, si la amenaza no causa efecto en el sujeto pasivo, se corre el riesgo de castigar una conducta que no ha afectado al bien jurídico protegido, pues no ha afectado ni a la libertad, ni a la voluntad ni a la seguridad del sujeto pasivo.

Juan amenaza a Manuel con pegarle una paliza si no le entrega un libro. Manuel es campeón de España de Karate y no se siente amenazado ni perturbado por Juan.

Es un delito que sólo puede ser cometido por acción, pues resulta ciertamente complejo plantear la comisión por omisión de una amenaza, pues el anuncio de un mal requiere, por su propia estructura típica, una acción.

A pesar de su naturaleza, cabría plantear la posibilidad de la tentativa de una amenaza idónea.

De hecho, la AP de Lérida condenó, en su Sentencia de 27 de enero de 2004, por tentativa de amenazas del modo siguiente: *Los hechos declarados probados en el segundo ordinal fáctico son legalmente constitutivos de un delito de amenazas en grado de tentativa previsto y penado en el art. 169.1º del Código penal en relación con los arts. 16 y 62 del mismo Cuerpo legal. El anuncio por carta de difundir fotografías de contenido pornográfico, en caso de persistir Rocío en su actitud frente a su padre tras haberlo abandonado y denunciado, aparte de poder atentar contra la intimidad de la hija en el caso de que fuera ella la persona que aparece en las fotografías con gafas oscuras ya que no se identifica con claridad, en todo caso constituye el anuncio de cometer un delito de injurias contra la misma, por tanto, de un delito contra su honor, difamándola, teniendo en cuenta el contenido de las fotografías que el acusado decía estar dispuesto a difundir como correspondientes a la hija, ...No obstante, aparte de no conseguir el acusado su propósito, ya que la hija persistió en la denuncia contra el mismo sin reanudar la relación con él, no consta acreditada la consumación del delito teniendo en cuenta que Rocío declaró en el juicio que no acabó de leer la carta, sin que conste por tanto, que se percatara de la entidad de lo que el acusado le estaba advirtiéndolo.*

g) Concursos

La jurisprudencia del Tribunal Supremo interpreta que cuando las amenazas se profieren para llevar a una agresión sexual (que requiere violencia o intimidación) o un robo con violencia o intimidación, delitos que para ser ejecutados exigen, como un elemento del tipo, la intimidación, estos tipos complejos consumen la amenaza (como tipo de intimidación) que queda abarcada dentro de todo el desvalor acción del tipo penal.

Ej. Juan para a Pedro por la calle y le espeta: "O medas la cartera o te mato". Juan se la da. Nos encontramos ante un robo con intimidación, donde la amenaza queda consumida en el propio tipo penal y no se castiga de manera independiente.

Como expresan las SSTs de 13.3.2000 y 18.4.2001, " *la intimidación implica el uso de amenaza de un mal con entidad suficiente para eliminar su propia resistencia, señalándose que la intimidación a efectos de integrar el tipo de agresión sexual debe ser seria, inmediata y grave (...)*".

Según interpretación jurisprudencial (cuestionable), cuando una única amenaza se dirige contra varias personas, se cometería un único delito de amenaza, sin computar el número de destinatarios o receptores de esta. Así, se entiende que se está ante "unidad de acción" cuando un único acto amenazante se dirige contra varias personas.

STS de 12 de marzo de 1993: *El problema no deja de ser interesante porque no ha sido estudiado ni contemplado por la doctrina o la jurisprudencia penal. El sujeto pasivo ha de ser determinado e individualizado de forma concreta. En este supuesto el acusado amenazó a dos personas porque a cada una de ellas conjuntamente se dirigió, mas a consecuencia de una sola acción.*

Por eso los motivos se han de estimar. Acción única o acciones análogas pero distintas. La conciencia del sujeto activo, y el dolo intencional que guía su conducta, constituye el elemento diferenciador, y definidor a la vez, de su acción. El acusado quiso amedrentar a dos personas, en el mismo momento. Dos fueron las que sufrieron los efectos que aquél pretendía. Es así una única valoración sobre dos sujetos pasivos. Se trata de distinguir la actividad, única, de los efectos, diversos, que la misma origina. El dolo quiere amedrentar, a dos sujetos distintos pero también con base en una sola acción, en el espacio y en el tiempo.

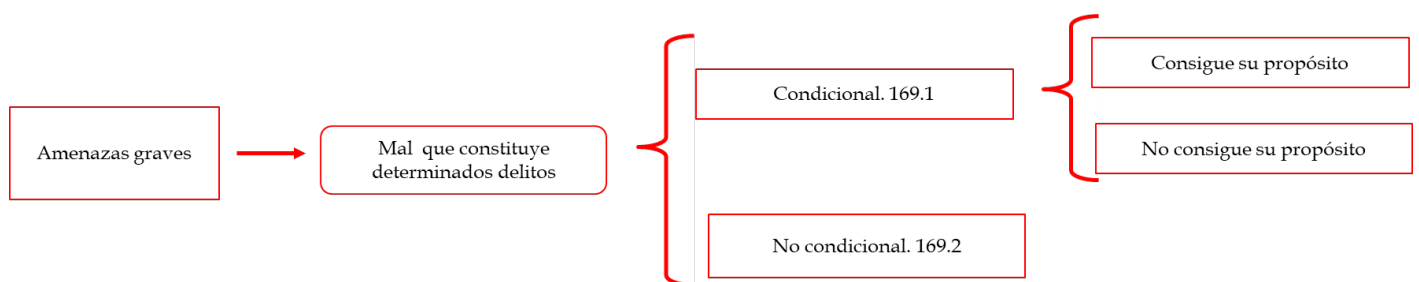
Del mismo modo, la reiteración de amenazas contra una misma persona dará lugar a un solo delito de amenazas, sin que se entienda que por cada amenaza proferida se ha cometido un delito de amenazas distinto, debido a la naturaleza del delito como de "mera actividad".

La STS de 13 de julio de 2009 formula esta interpretación del modo siguiente: *De todos esos elementos se revela como más importante (del delito de amenazas), a efectos de la resolución del motivo, su naturaleza de delito de simple actividad, lo que significa que todos los actos amenazantes dirigidos contra la misma persona constituyen un solo delito.*

La insistencia o reiteración en la amenaza no hace nacer tantos delitos, como actos intimidantes se ejecutan. El bien jurídico lesionado es el mismo y la repetición, naturaleza, intensidad o gravedad de las amenazas dan lugar a la aplicación de uno u otro tipo delictivo (uno solo) de los que regulan este delito, pudiendo tener su reflejo, en cualquier caso, en la individualización de la pena.

II. Amenazas graves

El artículo 169 CP castiga al que *amenazare a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico.* Por lo tanto, el mal que se anuncia ha de poder ser encuadrado en alguno de los tipos delictivos que concretamente tipifica el artículo 169 CP.



a. Condicionales. 169.1 CP

La pena prevista es de 1 a 5 años de prisión, **si la amenaza hubiese sido condicional**, exigiendo una cantidad o imponiendo cualquier otra condición **aunque no sea ilícita**, y **el culpable hubiese conseguido su propósito**. El hecho de que haya conseguido su propósito demuestra que la amenaza ha sido idónea para alcanzar el objetivo. Mayor desvalor resultado. En el caso que no consiga su propósito se impone una pena de prisión de 6 meses a tres años.

El último párrafo del artículo 169.1 CP castiga de un modo más grave a las amenazas que se profieren por cualquier medio de comunicación o reproducción o en nombre de entidades o grupos reales o supuestos. (Mayor desvalor acción. Aumento de la peligrosidad del acto).

La STS de 14 de septiembre de 2000 justifica la agravación de las amenazas hechas por escrito porque en ellas se aprecia una mayor reflexión en la conminación del mal que se anuncia.

b. No condicionales. 169.2.

En el caso de que la amenaza no haya exigido ninguna condición, pero el mal anunciado fuese constitutivo de uno de los delitos especificados en el artículo 169 CP, se castigará el hecho con la pena de 6 meses a dos años.

III. Tipo cualificado por la intención y ejecución. 170 CP

El artículo 170.1 CP se aplica cuando las amenazas de un mal que constituyese delito (en esta ocasión, cualquier delito, sin que afecte la limitación del artículo 169 CP) están dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población o a un grupo de personas (étnico, cultural, religioso, profesional o de otra índole) y tienen la gravedad necesaria para conseguirlo. Ello excluye las amenazas menos graves, difusas o etéreas que no se puedan concretar en un mal determinado, serio, plausible y grave.

El artículo 170.2 CP incluye un tipo delictivo cercano a la apología o exaltación del terrorismo, pues se castiga reclamar públicamente la comisión de acciones violentas por parte de organizaciones o grupos terroristas, pero con un fin concreto que justificaría su inclusión en el ámbito de este tipo delictivo, pues se ha de perseguir **atemorizar a un grupo de personas**.

IV. Amenazas menos graves o leves. 171 CP

a) Amenazas de un mal no constitutivo de delito. 171.1.CP

Este artículo castiga la amenaza de un mal no constitutivo de delito, cuando la amenaza sea condicional y la condición no consista en una conducta debida.

Ej. Si no me das 20 euros, le diré a tu marido que te han despedido del trabajo.

Si la amenaza no fuera condicional, esta conducta no sería típica bajo este artículo, aunque sí bajo el artículo 171.7 CP (amenaza leve genérica).

El nuevo Código Penal no ha resuelto la laguna legal existente, que afecta a este delito cuando la amenaza sea de **un mal constitutivo de delito**, pero que no afecte a los bienes jurídicos referidos en el artículo 169 CP.

Ej. Un funcionario amenaza con no otorgar una licencia solicitada con todos los requisitos, a pesar de que dicho otorgamiento es un acto administrativo reglado, si no se contrata a su hijo.

Ej. Un sujeto amenaza a otro con mentir en un juicio al que ha sido citado como testigo si no le dan 15.000 €.

Este tipo de amenazas constituyen un delito, pero no del tipo de los reflejados en el artículo 169 CP, por lo que no podría ser castigado por éste por el principio de taxatividad penal. Y como el art 171 CP sólo castiga las amenazas **no constitutivas de delito** tampoco podría ser castigado por esta vía. Forzando el tipo penal, podría intentar encuadrarse en el tipo del 171.7 CP, pero este delito (antigua falta) está diseñado para castigar amenazas leves, y las que constituyen un delito, habitualmente son más graves.

b) Tipo cualificado 171.2 y 3 CP- Chantaje

Inserto en el artículo 171 CP (que tipifica las amenazas menos graves o leves), encontramos el delito de chantaje, pues se castiga al que *exigiere de otro una cantidad o recompensa bajo la amenaza de difundir hechos referentes a su vida privada o relaciones familiares que no sean públicamente conocidas y puedan afectar a su*

fama, crédito o interés. La infracción se castiga de un modo más grave si el sujeto consiguiera, en todo o en parte, su propósito.

Si la amenaza consistiera en revelar la comisión de algún delito cometido por el chantajeado, (ej. José amenaza a Manuel con denunciar que ha hurtado un ordenador si este no le da 2.000 €), con el fin de facilitar la denuncia del chantajeado, el CP otorga expresamente la facultad al Ministerio Fiscal de abstenerse de acusar al chantajeado por el delito cometido con cuya revelación se hubiese amenazado (el CP dice “podrá” por lo que se ha de entender como una facultad potestativa del Ministerio Fiscal) *salvo que éste estuviere castigado con una pena de prisión superior a dos años. En este último caso el juez o tribunal podrá rebajar la sanción en uno o dos grados.*

c) Amenazas leves²³

El artículo 171.4 CP castiga las amenazas leves a personas especialmente protegidas por su condición:

- ✓ Esposa o mujer que haya estado ligada a el autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia (art. 171.4. parr. 1º).
- ✓ Persona especialmente vulnerable que conviva con el autor (art. 171.4. parr. 2º)

El artículo 171.5 CP castiga la amenaza leve, con armas u otros instrumentos peligrosos a algunas de las personas relacionadas en el artículo 173.2 CP²⁴. La duda que plantea este artículo es si se puede considerar leve una amenaza ejecutada con un arma u otro instrumento peligroso.

Por último, el artículo 171. 7 CP castiga al que de modo leve, *y fuera de los casos anteriores*, amenace a otro. Este delito se ha incluido por la LO 1/2015 al eliminar la antigua falta de amenazas. En estos casos, será necesaria la presentación de denuncia para instruir el procedimiento, pues se trata de un delito leve.

V. Supuestos prácticos

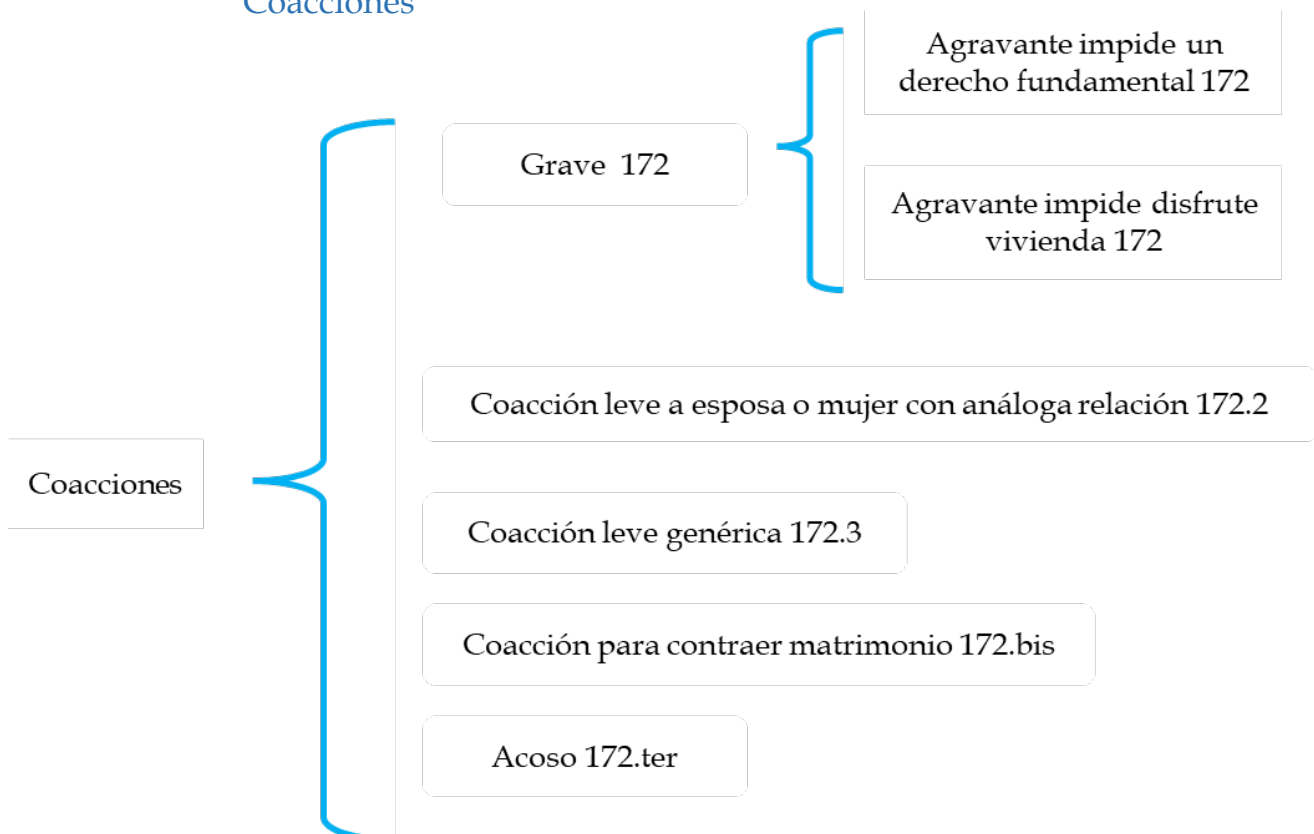
- 1) Pedro, a la salida de un juicio, mirando al juez, le hace una señal con la mano que simula cortar un cuello.
- 2) Jaime cree firmemente en los ritos esotéricos. María, que lo sabe, le amenaza con echarle una maldición si no le regala su bicicleta eléctrica.

²³ Agradezco a la Prfa. Dra. Carmen Ocaña su ayuda para redactar este epígrafe.

²⁴ Cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, descendientes, ascendientes, hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o los del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que conviva con el autor, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

- 3) Rosa sabe que su hermana Macarena le es infiel a su marido. Una tarde le dice que, o renuncia a la herencia de su padre, o le cuenta a su marido la verdad.
- 4) Mariano convive con sus ancianos padres. Debido a su adicción a la heroína, un día entra en su casa y les amenaza con llevarlos a un asilo si no le dan dinero.
- 5) Israel se siente atraído por la yihad islámica. Para aumentar su popularidad, publica en una página de internet que si su pueblo no se convierte al islam, lo arrasarán con morteros y bombas de racimo.
- 6) Manuel es miembro de una banda terrorista. Desde la prisión manda una carta a un diario, para su publicación, donde dice lo siguiente. “Más pronto que tarde llegaremos al poder, y en ese momento todo aquel que no nos haya apoyado será exterminado con furia y rapidez”. El diario publica dicha carta.
- 7) El profesor de matemáticas advierte a sus alumnos que los suspenderá si no son capaces de resolver una ecuación de segundo grado.

Coacciones



I. Introducción

Coaccionar es obligar a alguien a hacer lo que éste no desea **con violencia**. Si se está legítimamente autorizado para hacerlo (un policía requiere a un transeúnte su DNI, y éste se lo entrega aunque no lo desee/ un padre castiga a su hijo sin salir por no haber hecho los deberes/ etc.) nos encontraremos ante un supuesto atípico pues el propio artículo 172 CP excluye del tipo a los que estén *legítimamente autorizados*.

a) Bien jurídico

Se protege la libertad de obrar, de llevar a cabo las conductas que **la ley no prohíbe** o de abstenerse de hacer algo que no quiere, sea justo o injusto.

Tal y como expone la STS de 15/2/1994 (RJ 1994, 925) "la esencia del delito de coacciones radica en la imposición de la voluntad del agente sobre otra persona", presentándose el delito como una "patente y hosca agresión contra la libertad personal, como grave perjuicio a la autonomía privada de la voluntad"; añade esta resolución que "la libertad, en su dimensión jurídica, valor fundamental de la persona humana, traducida en poder o facultad de obrar, garantizada en los artículos 16 y 17 de la Constitución Española, se ve atacada en sus raíces más íntimas ante la consumación de unas coacciones" y "al resultar protegida, como bien capital y apreciable del ser humano, el derecho penal reconoce a la libertad el carácter de bien jurídico, cuya salvaguarda se logra, aparte de por la creación de otras figuras delictivas, prohibiendo y sancionando las acciones encaminadas a su lesión subsumibles en el tipo delictivo que nos ocupa".

b) Sujeto activo

Cualquiera, salvo el que se encuentra legítimamente autorizado para compeler a otro a actuar o no actuar de determinada manera.

c) Sujeto pasivo

Cualquiera

d) Conducta típica

Compeler (obligar a alguien, con fuerza o por autoridad, a que haga lo que no quiere) a otra persona, con **violencia** a hacer lo que ésta no quiere, **sea justo o injusto lo que se persigue, o impedirle hacer algo que la ley no prohíbe**. Se castiga por tanto la utilización de la violencia para forzar la voluntad de otro, aunque el fin perseguido sea justo.

En estas conductas ha de mediar siempre violencia, aunque no limitada al uso de la fuerza física contra otra persona, (*vis absoluta*) sino que también podría ser típica la violencia psíquica (*vis compulsiva*) o intimidación con la causación de un mal **inmediato**, o la fuerza en las cosas como recurso a cualquier vía de hecho para impedir a otra el ejercicio efectivo de su derecho, para conseguir torcer o doblegar la voluntad ajena.

Manuel le pincha las ruedas del coche a José, para que éste no llegue a tiempo a un partido de fútbol.

Mariano bloquea la puerta de la entrada de la Universidad para que Juan no pueda llegar al examen y suspenda.

La evolución jurisprudencial ha llevado a, en ocasiones, prescindir totalmente del requisito de violencia, considerando coacción punible cualquier privación ilegítima de derechos ajenos no encuadrable en ningún otro tipo delictivo.

Así, la STS de 15 de marzo de 2006, expresa que: *Ciertamente el que en este tipo penal se mencione, de forma exclusiva, a la violencia como medio comisivo, sin mencionar a otras modalidades, como la intimidación que sí figura en otros tipos penales en los que violencia e intimidación aparecen de forma conjunta, ha propiciado que parte de la doctrina entienda que en este tipo penal sólo cabe la violencia material, la «vis phisica», excluyendo la violencia psíquica o la violencia en las cosas como medio comisivo. Esa interpretación restrictiva no ha sido mantenida en la jurisprudencia, que de manera constante, ha mantenido que el tipo penal de las coacciones es un «tipo abierto» o un «tipo delictivo de recogida» que alberga distintas modalidades de comisión, pues todo atentado o, incluso, la mera restricción de la libertad de obrar supone de hecho una violencia y por tanto una coacción, siendo lo decisivo el efecto coercitivo de la acción más que la propia acción.*

No entenderlo así, y referir la violencia sólo a la «vis phisica», dejaría un estrecho margen de aplicación al tipo de las coacciones, limitado entre la atipicidad y el delito de lesiones, pues el empleo de una violencia física que superara el umbral de la mera coerción para producir un resultado lesivo haría de aplicación, por especialidad, el tipo de lesiones.

El hecho de que la coacción se pueda cometer de manera verbal y con violencia – como tipo de intimidación – , en muchas ocasiones se adentra en el terreno de las amenazas, al compartir elementos estructurales (comunicación de un mal futuro y condición). La jurisprudencia intenta distinguir ambos tipos en la inmediación del mal – coacciones inmediato y amenazas mediato (futuro) – así como por el momento consumativo. En la coacción se persigue impedir la ejecución de un acto que ya se ha decidido realizar, mientras que la amenaza se adelanta, en ocasiones, a este momento y advierte, con carácter previo, a la víctima para haga o no haga algo (aunque no siempre).

Según la SAP de Málaga de 2 de julio de 2014, *El delito de amenazas, exponente de los de peligro, presenta una nota común a todos los tipos, cual es la exteriorización de causar un mal al sujeto pasivo o a su familia siendo necesario que ese propósito llegue a conocimiento del amenazado, careciendo de importancia la forma de exteriorización de la amenaza, en tanto en cuanto puede realizarse a través de diversos medios comisivos, como la palabra, la escritura e, incluso, por medio de actos concluyentes e inequívocos que denoten dicho propósito, que al fin y a la postre, radica en la realización de un mal, cuyo concepto es fiel exponente de un relativismo que viene impuesto en función de las circunstancias concurrentes en cada caso.*

Sin embargo, el delito de coacción encierra en su tipología, como elemento esencial y característico, el de atentado a la libertad de la persona, exige en sus delineamientos conceptuales la ausencia de toda legítima autorización en el sujeto activo, como elemento condicionante de la antijuridicidad, el empleo de la fuerza física o material, presión o constreñimiento moral o intimidación en las personas o fuerza en las cosas como elemento material y, finalmente, que cada uno de esos medios comisivos representativos de la violencia, aislados o agrupados, se empleen para impedir al sujeto pasivo que haga lo que la Ley no prohíbe o le compeliere a hacer lo que no quiera, sea justo o injusto, presentándose este último elemento como presupuesto característico y finalístico de la acción.

e) Elemento subjetivo

Se castiga únicamente su comisión dolosa

II. Tipo básico

El artículo 172 CP castiga al que con violencia impida a otro a hacer lo que la ley no prohíbe, o lo obligue a realizar lo que no quiere, sea justo o injusto.

Cuando la coacción tiene por objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental, se agrava la pena (art. 172.1. parra. 2º)

Carlos coge fuertemente del brazo a Luis para que no llegue a tiempo a votar, impidiéndole ejercer su derecho al voto.

Si la finalidad de la coacción es impedir el legítimo disfrute de la vivienda, también se agravaría la pena en su mitad superior (art. 172.1. parra. 3º).

Elisa sella la cerradura de la puerta de su vecino Carlos, para evitar que entre en su vivienda, pues le molesta el ruido del piano de Carlos.

III. Coacciones leves

a. Coacciones leves frente a determinadas personas

El artículo 172.2 CP castiga las coacciones leves ejecutadas frente a determinadas personas:

- Coaccionar de forma leve a esposa o anterior esposa o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia (art.172.3, parra 1º).
- Coaccionar de forma leve a persona que conviva con el autor (art.172.3, parra. 2º).

La levedad dependerá de la menor intensidad de la violencia, así como las circunstancias concomitantes del supuesto. En ambos casos, **la infracción se cualifica si el delito se perpetra en presencia de menores o tiene lugar en el domicilio común o en el de la víctima**, o se realiza quebrantando una pena o medida de alejamiento (art.172.3, parra.3º) se impone la pena en su mitad superior.

b. Coacciones leves genéricas

El artículo 172.3 CP castiga al que cause a otro una **coacción de carácter leve**, con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho solo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Antes de la LO 1/2015, esta conducta era castigada como falta.

c. Coacciones específicas

La LO 1/2015 ha incluido nuevos tipos de coacciones cualificadas por la específica intención que persigue el sujeto activo. El artículo 172. Bis CP castiga el supuesto específico del matrimonio forzado. En el primer apartado del artículo 172. bis CP se contempla la conducta del que con intimidación grave o violencia **compeliere a otra persona a contraer matrimonio**, imponiendo una pena de prisión de seis meses a tres años y seis meses o con multa de doce a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados. Nótese que se castiga específicamente por esta vía el hecho de obligar a otro a casarse, pero

no impedirle que lo haga. Esta última conducta se castigaría aplicando el tipo básico.

El artículo 172.bis.2 CP resulta un poco confuso, pero persigue el mismo fin que el primero, que no es otro que impedir la coacción para contraer matrimonio. Aquí se castiga al que, **con la finalidad de que una persona contraiga matrimonio contra su voluntad, utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo.** Con ello el legislador intenta castigar a aquel que coacciona un tercero para que salga de España y en el extranjero sea obligado a casarse. Si la víctima es menor de edad, la pena se impondrá en su mitad superior.

Con esta tipificación expresa, el legislador cumple la Directiva 2011/36/UE de Prevención y Lucha contra la trata de Seres Humanos y Protección de las Víctimas.

*En mayo de 2022, dos jóvenes paquistaníes que residían en Tarrasa fueron engañadas a viajar a Pakistán y allí intentaron obligarlas a que se casaran con sus primos. Al negarse las mataron. Vid. Diario el mundo. 25 de mayo de 2022. Las **dos hermanas residentes en Terrassa viajaron a Pakistán engañadas por sus propios familiares, que allí las asesinaron tras negarse a continuar con el matrimonio forzoso con sus primos que les había sido impuesto un año atrás. Así lo han confesado a la policía pakistaní dos de los familiares implicados en el crimen, quienes han admitido que las mataron por "honor" después de atraerlas a su país de origen con una "trampa" y solicitar ellas el "divorcio".***

IV. Delito de acoso

La LO 1/2015 ha incluido este nuevo delito en el artículo 172.ter CP, tipificando una conducta (el acoso) que habitualmente suele castigarse junto con otros tipos delictivos.

El tipo específico castiga al que acose a una persona llevando a cabo de **forma insistente y reiterada**, y sin estar legítimamente autorizado, **alguna de las conductas siguientes** y, de este modo, **altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana** (prisión de 3 meses a 2 años o multa de 6 a 24 meses), afectando de este modo tanto a la libertad como a la tranquilidad de la persona acosada:

1. *La vigile, la persiga o busque su cercanía física.*
2. *Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.*
3. *Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.*
4. *Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.*

La primera sentencia del Tribunal Supremo que se pronuncia sobre este tipo delictivo (stalking u hostigamiento) es la nº 324/2017, de 8 de mayo. En ella, el tribunal intenta delimitar determinados contornos del tipo penal del modo siguiente.

La reiteración de que habla el precepto es compatible con la combinación de distintas formas de acoso. La reiteración puede resultar de sumar acercamientos físicos con tentativas de contacto

telefónico, por ejemplo, pero siempre que se trate de las acciones descritas en los cuatros apartados del precepto. Algunas podrían por sí solas invadir la esfera penal. La mayoría, no. El delito de hostigamiento surge de la sistemática reiteración de unas u otras conductas, que a estos efectos serán valorables aunque ya hayan sido enjuiciadas individualmente o pudiera haber prescrito (si son actos por sí solos constitutivos de infracción penal).

[...] *Se exige implícitamente una cierta prolongación en el tiempo; o, al menos, que quede patente, que sea apreciable, esa voluntad de perseverar en esas acciones intrusivas, que no se perciban como algo puramente episódico o coyuntural, pues en ese caso no serían idóneas para alterar las costumbres cotidianas de la víctima.*

[...] *El tipo no exige planificación pero sí una metódica secuencia de acciones que obligan a la víctima, como única vía de escapatoria, a variar, sus hábitos cotidianos. Para valorar esa idoneidad de la acción secuenciada para alterar los hábitos cotidianos de la víctima hay que atender al estándar del "hombre medio", aunque matizado por las circunstancias concretas de la víctima (vulnerabilidad, fragilidad psíquica, ...) que no pueden ser totalmente orilladas.*

En los intentos de conceptualizar el fenómeno del stalking desde perspectivas extrajurídicas - sociológica, psicológica o psiquiátrica- se manejan habitualmente, con unos u otros matices, una serie de notas: persecución repetitiva e intrusiva; obsesión, al menos aparente; aptitud para generar temor o desasosiego o condicionar la vida de la víctima; oposición de ésta... Pues bien, es muy frecuente en esos ámbitos exigir también un cierto lapso temporal. Algunos reputados especialistas han fijado como guía orientativa, un periodo no inferior a un mes (además de, al menos, diez intrusiones). Otros llegan a hablar de seis meses.

Esos acercamientos metajurídicos no condicionan la interpretación de la concreta formulación típica que elija el legislador. Se trata de estudios desarrollados en otros ámbitos de conocimiento dirigidos a favorecer el análisis científico y sociológico del fenómeno y su comprensión clínica. Pero tampoco son orientaciones totalmente descartables: **ayudan en la tarea de esclarecer la conducta que el legislador quiere reprimir penalmente y desentrañar lo que exige el tipo penal, de forma explícita o implícita.**

No es sensato ni pertinente ni establecer un mínimo número de actos intrusivos como se ensaya en algunas definiciones, ni fijar un mínimo lapso temporal. Pero sí podemos destacar que el dato de una vocación de cierta perdurabilidad es exigencia del delito descrito en el art. 172 ter CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) , pues solo desde ahí se puede dar el salto a esa incidencia en la vida cotidiana. No se aprecia en el supuesto analizado esa relevancia temporal -no hay visos nítidos de continuidad-, ni se describe en el hecho probado una concreta repercusión en los hábitos de vida de la recurrente como exige el tipo penal.

Se configura como un delito leve que exige la denuncia de ofendido para proceder. Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días. En este último caso no será necesaria la denuncia a que se refiere el apartado 4 de este artículo.

El apartado 3 del artículo 172 ter, incluye una cláusula concursal la posibilidad de castigar el acoso, junto con los delitos en los que se hubieran concretado los actos de acoso.

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía de integridad sexual (BOE nº.215), ha modificado el Código penal he introducido un nuevo

apartado 5 en el artículo 172. ter CP con el siguiente tenor: *El que, sin consentimiento de su titular, utilice la imagen de una persona para realizar anuncios o abrir perfiles falsos en redes sociales, páginas de contacto o cualquier medio de difusión pública, ocasionándole a la misma situación de acoso, hostigamiento o humillación, será castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses.*

Este delito castiga un tipo específico de ataque a la dignidad de las personas, utilizando la imagen de un tercero, sin su autorización, para incluirlas en medios tecnológicos – redes sociales, páginas de contacto, etc. – y causar con ello una situación de acoso, hostigamiento o humillación (derivada del mensaje publicado y las llamadas o mensajes que la persona recibe a raíz de la publicación). Esta conducta que estaba incluida de manera genérica en la tercera modalidad del stalking (*Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella*), no exige que el acoso altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana (como sucede en el artículo 172 ter.1 CP), por lo que gana importancia definir qué se considera una situación de acoso, humillación u hostigamiento. ¿Será suficiente publicar una foto de un tercero en una página de contactos con un texto soez? Si así fuera, (y eso parece al incluir el tipo penal el concepto de situación de humillación que se proyecta sobre la consideración que de uno mismo tienen los demás) este tipo delictivo protegerá más que la libertad, el honor y la dignidad de las personas.

V. Delito de hostigamiento a quien va a abortar - 172. quater CP

Nuevo delito introducido por la LO 4/2022, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para penalizar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo.

La exposición de motivos, con una técnica más que criticable, pues para fundamentar la necesidad de la norma acude a un informe elaborado en 2018 por la Asociación de Clínicas Acreditadas para la interrupción del embarazo (ACAI) que según dice entrevistó a 300 mujeres embarazadas, lo que como técnica de política criminal resulta cuestionable por la parcialidad de las fuentes y lo limitado de la muestra. En la exposición de motivos se explica que la finalidad es *garantizar una zona de seguridad alrededor de los centros sanitarios que facilitan la interrupción voluntaria del embarazo de forma que quede garantizada la intimidad de las mujeres, su libertad y seguridad física y moral, así como su derecho a la libre circulación y de este modo garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres*. Sin embargo, como se verá, el delito no se circunscribe a determinadas zonas de comisión específicas, sino que el hostigamiento puede realizarse en cualquier lugar.

El artículo 172 quater CP se ha redactado del modo siguiente:

1. *El que para obstaculizar el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo acosare a una mujer mediante actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos que menoscaben su libertad, será*

castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días.

*2. Las mismas penas se impondrán a quien, en la forma descrita en el apartado anterior, **acosare a los trabajadores del ámbito sanitario en su ejercicio profesional o función pública y al personal facultativo o directivo** de los centros habilitados para interrumpir el embarazo **con el objetivo de obstaculizar el ejercicio de su profesión o cargo.***

3. Atendidas la gravedad, las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, el tribunal podrá imponer, además, la prohibición de acudir a determinados lugares por tiempo de seis meses a tres años.

*4. Las penas previstas en este artículo se impondrán **sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.***

5. En la persecución de los hechos descritos en este artículo no será necesaria la denuncia de la persona agraviada ni de su representación legal.

Nos encontramos ante un tipo penal que castiga expresamente lo que sería una tentativa de coacciones, pues tipifica obstaculizar el derecho al aborto que tienen las personas mediante actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos que menoscaban su libertad. La finalidad del sujeto activo será intentar que la persona cambie de opinión y no aborte.

Resulta complejo encontrar un bien jurídico protegido lo suficientemente importante que avale la incorporación de este tipo de conductas como delictivas. Parece el espíritu de la ley es proteger la tranquilidad de la persona que ha decidido abortar y protegerla de injerencias externas.

En este escenario, surgirá un conflicto entre el derecho de la persona que va a abortar y el derecho a la libertad de expresión que tiene la persona que se manifiesta en contra del aborto. La inclusión en el tipo de la expresión "actos molestos" como medio comisivo del acoso- que en muchas ocasiones dependen de la percepción de las personas - hace prever graves problemas en su aplicación.

VI. Supuestos prácticos

- 1) Andrés agarró del brazo a Juan, y arrastrándole consiguió echarlo de su casa, a la que había accedido por la ventana. Como consecuencia del forcejeo, Juan sufrió un hematoma durante tres días.
- 2) Martín, aprovechando que Juana había salido de la casa que le tenía arrendada, cambió la cerradura para impedirle el disfrute del piso, ya que Martín quería que Juana resolviese el contrato y abandonase la casa.
- 3) José le mandó un burofax a Manuel advirtiéndole que si no le pagaba lo que le debía, le pondría una demanda y lo llevaría ante los tribunales.

- 4) José trabaja en una agencia de recobros. Para presionar a Luis y que pague la deuda, José se disfraza de Frac y persigue a Luis, por la calle, accede a su trabajo y le dice a sus compañeros que es un moroso, pega carteles en la puerta de su casa y con un megáfono pide que pague la deuda.
- 5) Manuel, harto de sus vecinos, corta el suministro de agua de una finca para que no puedan acceder a la misma y abandonen el inmueble.
- 6) Marta está enamorada de José. Para intentar ser correspondida lo sigue, siempre aparece en los bares donde va José, le llama repetidamente, le manda wasaps, incluso se abre una cuenta en Facebook a su nombre para saber qué dicen de ella sus amigos. José, para no encontrársela, comienza a ir a otros lugares.
- 7) Rosa, para gastarle una broma a su primo Manuel, utiliza su foto y sus datos para abrirle un perfil falso en Tinder. A raíz de esto, Manuel recibe solicitudes de contacto que, más que molestarle, las utiliza para quedar con nuevas personas y ampliar su red de contactos.
- 8) Elena acude a abortar a una clínica. En la calle de en frente de la clínica ve a un grupo de manifestantes con pancartas a favor de la vida de los nasciturus. Elena decide denunciarlos.

Extorsión

I. Introducción

La extorsión es uno de los delitos más cinematográficos, pues suele aparecer en películas sobre la mafia y las organizaciones criminales que extorsionan a tenderos y comerciantes para que les paguen un impuestos para conseguir la seguridad en el barrio, y en caso de no hacerlo le destrozan el negocio. En mi opinión es un delito de coacciones - afecta a la libertad de obrar - con ánimo de lucro. No obstante, su ubicación sistemática en el artículo 243 CP lo ubica en capítulo III del Título XIII - delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico- .

El art. 243 CP lo tipifica del modo siguiente: *El que, con ánimo de lucro, obligare a otro, con violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o del de un tercero, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, sin perjuicio de las que pudieran imponerse por los actos de violencia física realizados.*

II. Elementos del tipo

a) Bien jurídico

Es un delito que protege tanto la libertad de obrar como el patrimonio. En mi opinión el bien jurídico dominante es el primero y de ahí su ubicación sistemática en esta lección.

b) Sujeto activo

Cualquiera.

c) Sujeto pasivo

En primer término es la persona a la que se le obliga a hacer lo que no quiere, pero si el negocio jurídico perjudica también a un tercero, este perjudicado también sería sujeto pasivo del delito.

Ej. Manuel extorsiona a Rosa, administradora de una Plátanos S.A., para que la sociedad le condone una deuda. Rosa es el sujeto pasivo de la coacción, pero los perjudicados son los accionistas de Plátanos S.A.

d) Conducta típica

Obligar a otro, con violencia o intimidación, a realizar u omitir un negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o de un tercero. La conducta es similar a la coacción - compeler a otro con violencia a hacer lo que no quiere -. La especialidad es que esta acción u omisión tiene un contenido jurídico que provoca un perjuicio patrimonial, que puede afectar a bienes muebles o inmuebles (la afectación al bien inmueble lo diferencia del robo, así como que sea la propia persona la que realice el acto y no un tercero el que se apodera del bien).

e) Elemento subjetivo

Delito doloso que requiere ánimo de lucro, por lo que se realizará con dolo directo.

f) Iter criminis

Delito de resultado cortado, pues se consuma con la realización del negocio jurídico "en perjuicio", pero no es necesario que este efectivamente se cause para considerar consumado el tipo (STS 22 de octubre de 2009). Cabe la tentativa: amenaza para que realice un negocio jurídico (aunque la amenaza se consumaría) en su propio perjuicio.

g) Concursos

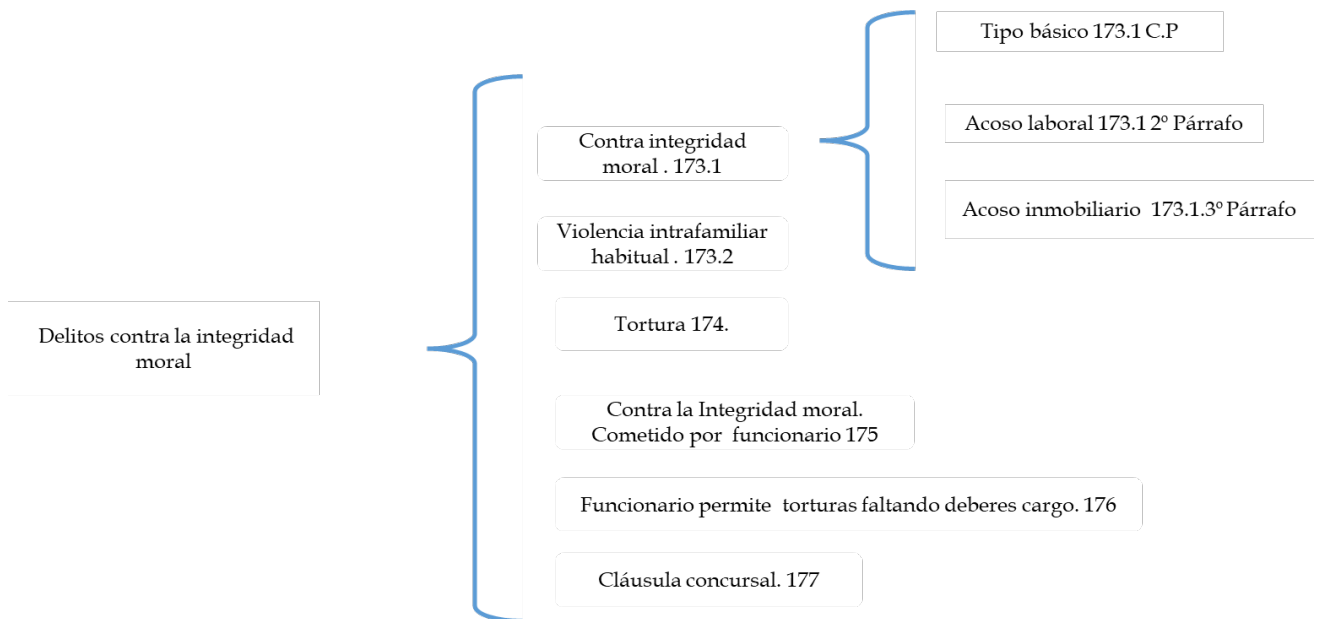
El propio artículo establece que la pena se impondrá sin perjuicio de las que pudieran imponerse por los actos de violencia física realizados, por lo que se aplicará el concurso de delitos.

STS 25 de enero de 2010: Obliga a un tercero a firmar un contrato de compraventa de una tienda poniéndole una bolsa en la cabeza y asfixiándolo. Finalmente muere a causa de la asfixia (asesinato y extorsión).

De normas: Con las coacciones y amenazas. Se aplica la extorsión por el principio de especialidad si la finalidad perseguida afecta al patrimonio del coaccionado.

Delitos contra la integridad moral

Delitos contra la integridad moral



I. Introducción

El derecho a la integridad moral se proclama en el artículo 15 CE del modo siguiente *“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”*.

La integridad moral, en palabras de la STS 485/13, *integra un espacio o ámbito propio que se traduce en el derecho a ser tratado como una persona y no como una cosa o como un simple objeto*.

El Código Penal configura la protección de la integridad moral de cualquier persona, aunque se pueden encontrar situaciones específicas de protección tipificadas expresamente, como la que se produce en un ámbito laboral, en la esfera del núcleo de convivencia familiar de manera habitual o la que específicamente persigue evitar el legítimo disfrute de la vivienda.

El modo más grave de atacar la integridad física y moral es el de la tortura, donde por unas motivaciones específicas se infligen a una persona graves sufrimientos.

Son delitos que se castigan únicamente en su forma de comisión dolosa.

II. Tipo básico del delito contra la Integridad moral

El artículo 173.1 (primer párrafo) CP castiga a *El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral*. Nos encontramos con un tipo penal muy abierto, en el que cualquiera puede ser el autor (delito común), que describe la conducta típica como la comisión de un trato degradante

(aquel que afecta a la dignidad de la persona) que debe producir un efecto dañino en la integridad moral de la persona.

Según la STS 1218/2004, de 2 de noviembre, se trata de un tipo residual que recoge todas las conductas que supongan una agresión **grave** a la integridad moral. Consiste en someter a la víctima, de forma intencionada, a una situación degradante de humillación e indignidad para la persona.

El bien jurídico protegido, integridad moral, se encuentra en estrecha relación con la dignidad humana (RODRÍGUEZ MOURULLO). En este ámbito, nos habremos de plantear si la dignidad humana es un bien jurídico disponible, o por su repercusión, afecta al género humano y resulta indisponible. Si se considera disponible, el consentimiento para que se cometan, sobre uno mismo, tratos vejatorios, eliminaría la tipicidad de la conducta pues no se podría considerar que se ha menoscabado la integridad moral de quien, por su propia voluntad, quiere ser tratado de esa forma.

Ej. Una persona le pide a otra que realice sobre ella determinados actos vejatorios (miccionar, insultar, etc.) porque ello le proporciona placer.

Si se considera como un bien jurídico indisponible, por afectar a la dignidad de la humanidad el hecho que se realice sobre uno de sus miembros tratos degradantes, el consentimiento no eliminaría la antijuridicidad del hecho. Parece que por la dicción del artículo 173.1 CP, al exigir un resultado que afecte a la integridad moral del sujeto, el legislador ha optado por interpretar que el bien jurídico sería disponible.

El problema surge al interpretar los términos del artículo, pues a diferencia del ataque a la integridad física – que puede ser determinada de manera objetiva a través del resultado (tipo de lesión) – el ataque a la integridad moral a través de un trato degradante puede depender del concepto de dignidad que cada persona tenga de sí misma²⁵. Por ello, es importante intentar encontrar elementos cuasi objetivos que sirvan para identificar el significado de la integridad moral.

La jurisprudencia del TS (como ejemplo, STS 1218/2004, de 2 de noviembre, o STS 819/2002, de 8 de mayo) interpretan que los tratos degradantes son "*aquellos que pueden crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física o moral*".

Con carácter general la expresión "trato degradante" presupone una cierta permanencia, o al menos repetición, del comportamiento degradante, pues en otro caso no habría "trato" sino simplemente ataque (STS núm. 819/2002, de 8 de

²⁵ Como recordaba la STS de 2 de abril de 2003. *El empleo de expresiones como «trato degradante» e «integridad moral» dificultan enormemente la comprensión del tipo, pues el resultado típico, el quebranto grave de la integridad moral, parece referirse a una cualidad moral del sujeto atacada por la acción de un tercero. La dificultad en la subsunción procede, en primer término de la dificultad de definir el resultado pues se es íntegro por un comportamiento del sujeto que conforma su moralidad y que sólo él puede alterar por su decisión. Dificilmente puede ser menoscabada por la actuación de un tercero si no es a través de actos típicos de otros delitos que tienen prevista su tipicidad en otros artículos del código penal.*

mayo). No obstante, y como recuerda el Auto de la AP de Álava (sección II) de 12 de febrero de 2008, *el TS no encuentra obstáculo para estimar cometido el delito a partir de una conducta única y puntual, siempre que en ella se aprecie una intensidad lesiva para la dignidad humana suficiente para su encuadre en el precepto; es decir, un solo acto, si se prueba brutal, cruel o humillante puede ser calificado de degradante si tiene intensidad suficiente para ello* (STS núm. 819/2002, de 8 de mayo). En esta línea de considerar que lo normal es que concurra permanencia o repetición pero con simultánea admisión de la posibilidad de quedar integrado en un solo acto se sitúa la STS núm. 489/2003, de 2 de abril.

Los elementos típicos, de conformidad con la STS 294/2003, se concretan en los siguientes:

- I. Un acto claro e inequívoco de contenido vejatorio para el sujeto pasivo.
- II. La concurrencia de un padecimiento físico o psíquico, por lo que la conducta vejatoria ha de tener un resultado en la víctima. De ahí, si la víctima, libre y voluntariamente consiente el trato vejatorio, no existiría el padecimiento necesario para considerar perfeccionado el tipo penal.
- III. Que el comportamiento sea humillante o degradante (objetivamente) con especial incidencia en el concepto de dignidad de la persona-víctima.

La conducta ha de ser dolosa, y por la propia configuración del tipo, se suele producir con dolo directo.

Respecto a los hechos típicos, el TS advierte que no resulta posible realizar un catálogo de conductas, pero la STS de 2 de abril de 2003 introduce, a mero título ejemplificativo, las siguientes: *la STEDH 18-1-78 (JUR 1978, 2) , reprobó como degradante cinco técnicas utilizadas por las fuerzas y cuerpos de seguridad, como mantener encapuchados a los detenidos, situarles frente a una pared durante horas, someterles a ruidos monótonos y continuos, no consentirles dormir, privarles de alimentos o agua, restringirles la dieta. Añadiremos por nuestra parte otras conductas que pudieran ser integradas en el trato degradante causante de la perturbación de la integridad moral, como la realización de «novatadas» y, en general, las conductas susceptibles de producir en las víctimas «sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física y moral» (SSTS 819/2002, de 8 de mayo [RJ 2002, 6709] , y de 29-9-1998 [RJ 1998, 7370]) y en este sentido hemos recogido como atentatorios a la integridad moral conductas, como desnudar a un detenido y obligarle a realizar flexiones, etc. comportamientos que exceden de la necesidad de la detención con una finalidad envilecedora.*

Con anterioridad a la reforma del 2015, cuando la humillación o el trato degradante no eran “ graves” se castigaban los hechos como faltas (art. 620.2º CP). Esta falta ha desaparecido, y únicamente se castigarán las humillaciones leves cuando se cometan en el ámbito intrafamiliar, de conformidad con el artículo 173.4 CP o las cometa un funcionario o autoridad (art.175 C.P). La LO 10/2022 ha incorporado este tipo delictivo al elenco de los que provocan la **responsabilidad penal de la persona jurídica**.

a)El castigo del insulto soez

La Ley Orgánica 10/2022 ha incluido en el segundo párrafo del artículo 173.4 CP el siguiente párrafo: *Las mismas penas se impondrán a quienes se dirijan a otra persona con expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual que creen a la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria, sin llegar a constituir otros delitos de mayor gravedad.* La exposición de motivos de la Ley hace referencia puntual al acoso callejero, que en principio se referiría a esta conducta.

Vemos que lo que se castiga es dirigirte a otra persona con expresiones de carácter sexual – por lo tanto es necesario la verbalización del acto de comunicación -, comportamientos – se entiende que realizar actos explícitos de contenido sexual en dirección a una persona -, o proposiciones de carácter sexual. Estas conductas han de crear en el receptor del mensaje una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria que no constituya un delito de mayor gravedad.

Realmente resulta complejo interpretar este artículo desde una perspectiva jurídico penal estricta, alejada de razones de oportunidad política como la que trascienden en este caso con la incorporación de este precepto.

Lo que se castiga es cualquier expresión o acción de contenido sexual, dirigido hacia un tercero, que cree en este una situación objetiva de humillación, hostilidad o intimidación. Este sería el resultado que debe generar la acción del tercero. El bien jurídico, que puede enunciarse como la indemnidad frente a expresiones de contenido sexual no deseadas, resulta más que cuestionable que deba tener una protección penal y no ser reconducido a otros ámbitos jurídicos más propios para resolver estos conflictos.

Este delito sólo será perseguible por la denuncia del ofendido o de su representante legal.

III. Acoso laboral

El artículo 173.1. segundo párrafo CP, contempla expresamente el hecho de que los tratos humillantes se cometan en el ámbito laboral, castigando con las mismas penas a los que, *en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional, prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir un trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima.*

Este párrafo se incluyó en el CP para castigar penalmente al fenómeno conocido como *mobbing*, que también encuentra su sanción en la jurisdicción laboral. Nótese que en este supuesto se rebaja el nivel de gravedad del contenido del injusto, pues los actos humillantes no tienen por qué constituir tratos degradantes, siempre que concurren tres condiciones:

- ✓ Que se produzca en el marco de una relación laboral.
- ✓ Que el sujeto activo sea el superior jerárquico. Lo que implica que nos encontremos ante un delito especial.
- ✓ Que los actos hostiles o humillantes se hayan cometido de manera reiterada.

A diferencia del “acoso sexual” que sí puede cometerse entre iguales en el marco de una relación laboral, el *mobbing* debe ser cometido por una persona que se encuentre en situación de superioridad jerárquica laboral frente a otra.

La SAP de Madrid (Sección 16) de 29 de enero de 2010 definió el *mobbing* del modo siguiente: *El acoso moral en el trabajo viene definido como una situación en donde se ejerce una violencia psicológica a través de una conducta de persecución u hostigamiento a un trabajador frente al que de forma sistemática y recurrente, se desarrollan actitudes de violencia psicológica de forma prolongada con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas,*

destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores causándole alteraciones psicosomáticas de ansiedad y lograr que finalmente esa persona o personas, al no poder soportar el stress al que se encuentran sometidos, acaben abandonando el lugar de trabajo.

IV. Acoso inmobiliario

En el último párrafo del artículo 173.1 CP se tipifican actos humillantes cuando tengan una finalidad concreta, advirtiéndose que, *se impondrá también la misma pena al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles y humillantes que, sin llegar a constituir un trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda.*

Este tipo penal es muy similar al delito de coacciones en el ámbito inmobiliario (art. 172.2 C.P). Se suele aplicar a los supuestos donde se ejecutan vejaciones reiteradas contra una persona para que abandone su vivienda, en vez de las coacciones clásicas orientadas a este fin, como pueden ser taponar la cerradura, cortar el agua de la vivienda, etc.

V. Violencia habitual en el ámbito familiar

La violencia cometida en el ámbito familiar ha generado una variedad de reformas legislativas, tendentes a luchar contra este tipo de violencia, que confluyeron en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

En el ámbito penal se ha producido una agravación progresiva y sistemática de las penas, y se han incorporado tipos penales específicos. Ello sucedió con el delito de violencia doméstica habitual, tras la reforma operada por LO 11/2003, y se encuentran recogidos en los números 2º, 3º y 4º del art.173 del Código Penal.

El artículo 173.2 CP se configura del modo siguiente:

*El que **habitualmente** ejerza **violencia física o psíquica** sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligado a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años, y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.*

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

Este tipo penal pivota sobre tres elementos específicos que configuran su finalidad político criminal.

- La conducta que se castiga es ejercer violencia física o psíquica.
- Ha de ser de manera habitual.
- Frente a personas que formen parte del núcleo de convivencia familiar, o las personas especialmente vulnerables que se encuentren en custodia o guarda de centros públicos o privados.

a) Bien jurídico

La redacción del tipo faculta para identificar un bien jurídico trascendente que se oculta tras los bienes jurídicos habituales cuando se valoran conductas violentas, y que se identifican como la salud, la dignidad, la integridad física y moral. Ese bien jurídico, que puede identificarse como la necesidad de asegurar una convivencia adecuada y pacífica en el ámbito familiar, habilita al legislador para involucrarse de manera muy intensa en lo que sucede en el núcleo de convivencia familiar, frente a su histórica y tradicional opacidad. Nótese que el tipo incluye a personas que, aunque no sean familiares, conviven estrechamente, persiguiendo asegurar la tranquilidad en los micro grupos de convivientes que conforman la sociedad.

El ejercicio de la violencia física o psíquica en el ámbito de convivencia se castigará, de conformidad con el artículo 177 CP sin perjuicio de la sanción penal que corresponda por el daño a la salud, vida, libertad, integridad moral, que como consecuencia de dicha violencia habitual se haya causado. Por lo tanto, nos encontramos con un fundamento del injusto propio, que protege un bien jurídico distinto de la mera protección de la vida o la salud, como se ha expuesto.

b) Sujeto activo/sujeto pasivo

El delito del art. 173.2 CP es un delito especial propio, pues no puede ser cometido por cualquier persona, **sino tan sólo por un sujeto que pertenezca a alguna de las relaciones típicas recogidas en el mismo**. Podrán ser, tanto sujeto activo como pasivo:

- ✓ **Núcleo de convivencia:** Cualquier persona que, con independencia de que sean o no familiares, se encuentren integradas en el núcleo de convivencia familiar.
- ✓ **Cónyuge o persona que haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia:** Este grupo se centra en el ámbito de afectividad de las parejas, donde uno será el autor y el otro la víctima. Nótese que a diferencia de otros artículos (vid 153 C.P, 148.4 CP), no limita el sujeto pasivo a la mujer, sino que la palabra cónyuge incluye en el escenario típico tanto al hombre como a la mujer.
- ✓ **Personas especialmente vulnerables** acogidas a guarda o custodia en algún centro público o privado (ancianos, niños, enfermos, etc.).

c) La habitualidad

Como elemento diferenciador del tipo respecto de otras conductas afines se encuentra la exigencia de la habitualidad en la conducta violenta. El artículo 173.3

CP define lo que ha de ser considerado como habitual del modo siguiente: *Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.*

Si bien en un primer momento la jurisprudencia interpretó la habitualidad como la comisión de tres o más actos de violencia por el mismo sujeto, en la actualidad lo que se exige es que quede probado que ha existido un estado o clima de violencia permanente dentro del núcleo de convivencia, por ello los actos de violencia no tienen por qué limitarse a una única víctima, sino que podrán ser computados a distintos miembros del grupo que convive.

Esta definición incluye también a los actos violentos que hayan sido enjuiciados en procedimientos anteriores, pero entiéndase que esta aplicación deberá limitarse únicamente para valorar si ha existido, o no, ese clima de violencia, no para enjuiciar de nuevo el hecho, por impedirlo el principio de cosa juzgada. No obstante, si el procedimiento concluyó absolviendo por inexistencia del hecho denunciado, este no podrá valorarse ni siquiera a efectos de la habitualidad.

d) Elemento subjetivo

Sólo se castigan estos hechos si se cometen de manera dolosa, donde el conocimiento debe abarcar la intención de cometer actos violentos contra algún miembro del grupo de convivencia familiar.

e) Conducta típica

La conducta típica se cifra en ejercer, habitualmente, actos de violencia física o psíquica contra las personas que pueden ser consideradas sujetos pasivos. La duda que se planteó es si este tipo penal podría cometerse por omisión. El Acuerdo Jurisdiccional del Pleno de la Sala segunda del Tribunal Supremo concluyó sobre este particular que:

El tipo delictivo del art.173.2 del CP exige que el comportamiento atribuido sea activo, no siendo suficiente el comportamiento omisivo.

Sin perjuicio de ello es sancionable penalmente, conforme a dicho precepto, quien contribuye a la violencia de otro, no impidiéndola pese a encontrarse en posición de garante.

Por lo tanto, salvo que la persona se encuentre en posición de garante, y por lo tanto le sean aplicables las reglas de la comisión por omisión del artículo 11 CP, el delito ha de cometerse de manera activa.

La STS de 14 de noviembre de 2011, que casa la condena del marido (y le absuelve) que no evitó la violencia habitual de la mujer sobre sus hijos, aporta un referente interpretativo a lo que acordó el TS, advirtiendo que: *Por consiguiente, procede la estimación del motivo, tanto desde la perspectiva de la falta de prueba de los episodios reiterados, que debieron ser descritos con mayor precisión, así como de la participación en comisión por omisión, que acoge la Audiencia, la cual, dicho sea*

de paso, impediría su condena desde nuestro Acuerdo Plenario de fecha 21 de julio de 2009, en el sentido de que " el tipo delictivo del art. 173.2 del C. Penal exige que el comportamiento atribuido sea activo, no siendo suficiente el comportamiento omisivo", a salvo los actos activos contributivos a la violencia, en cuyo caso se acordó que "sin perjuicio de ello es sancionable penalmente, conforme a dicho precepto, quien contribuye a la violencia de otro, no impidiéndola pese a encontrarse en posición de garante".

VI. Delito de Tortura. Art. 174

El artículo 15 CE prohíbe expresamente la tortura, y su persecución internacional se consagró en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de 10 de diciembre de 1984, (con fecha de entrada en vigor en España el 20 de noviembre de 1987).

El artículo 174 CP, siguiendo las directrices de dicha Convención tipifica el delito de torturas del modo siguiente:

Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiére a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es. Además de las penas señaladas se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a 12 años.

2. En las mismas penas incurrirán, respectivamente, la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que cometiére, respecto de detenidos, internos o presos, los actos a que se refiere el apartado anterior

Nos encontramos ante un delito especial propio, pues los autores sólo podrán serlo los funcionarios o autoridades, que abusan de su cargo - por lo que se puede colegir que han de estar ejerciendo funciones o prerrogativas propias de su condición de las que abusan para lograr un fin - .

La conducta típica consiste en atentar, por cualquier medio, contra la integridad física y moral, que causen un resultado - dolor o disminución de facultades de discernimiento o conocimiento- .

El delito se ha de cometer de manera dolosa y de acuerdo con determinadas finalidades - *el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación* - por lo que si se lleva a cabo la conducta sin el elemento teleológico típico, no se podría castigar por este tipo penal.

P.ej. Ramón, policía, harto de que su vecino cante por las noches, lo detiene y durante 5 días lo encierra en un cuarto con una música atronadora continua.

a) La tortura como crimen de lesa humanidad

La tortura está contemplada como una forma específica (delito subyacente) de cometer un crimen de lesa humanidad. Éste se encuentra tipificado en el artículo 607 bis CP y establece que para que se perfeccione, el tipo específico se deberá haber llevado a cabo como parte de un *ataque generalizado o sistemático contra la población civil*.

El artículo 607 bis 2.8 CP castiga *con la pena de cuatro a ocho años de prisión si cometieran tortura grave sobre personas que tuvieran bajo su custodia o control, y con la de prisión de dos a seis años si fuera menos grave. A los efectos de este artículo, se entiende por tortura el sometimiento de la persona a sufrimientos físicos o psíquicos. La pena prevista en este número se impondrá sin perjuicio de las penas que correspondieran, en su caso, por los atentados contra otros derechos de la víctima.*

Este modo de tipificar la tortura se aparta de la descripción de la conducta punible del Art. 174 CP y de la establecida en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de 10 de diciembre de 1984. El Art. 607 bis 2.8 CP establece que la tortura se entenderá como el sometimiento de la persona que se tuviere bajo su control a sufrimientos físicos o psíquicos, sin exigir que sea cometido por autoridad o funcionario público ni que se lleve a cabo con el fin de obtener una confesión o información, o de castigarla por cualquier hecho o por alguna razón discriminatoria.

Resulta, cuanto menos desconcertante, que en el mismo Código Penal existan dos definiciones diferentes del delito de tortura.

Así, la definición de tortura del artículo 607 bis 2. 8 CP que exige únicamente el sometimiento de la persona a sufrimientos físicos o psíquicos que se tuviere bajo su control, requiere menos elementos típicos para su comisión que el delito común, siendo más fácil cometer un delito de tortura en el marco del contexto de lesa humanidad que fuera del mismo. Sería deseable unificar el concepto de tortura en nuestro ordenamiento, pues la disfunción de un término jurídico con dos conductas típicas puede provocar soluciones penales diversas e injustas respecto un mismo hecho.

La forma de tipificar la tortura en el artículo 607 bis 2.8 CP parece que tiene su origen en la definición contemplada en el Art. 7.1 f) del Estatuto de Roma, donde en los Elementos de los Crímenes (Art. 7.1 f) nota 14) se reconoce expresamente que no es necesario llevar a cabo la conducta con una intención específica, sino simplemente causar un dolor o sufrimiento físico o mental grave a la víctima.

Esta interpretación de la tortura se aparta de la jurisprudencia de los TPIs donde se reconocía que la tortura se debía llevar a cabo por unos motivos determinados –confesión, información, castigo- (*Prosecutor vs. Kvočka*. IT-98-30/1-T. Trial Judgement. 2 de noviembre de 2001. Par.141) que, según esa jurisprudencia, habría alcanzado la validez de Derecho internacional consuetudinario (*Prosecutor vs. Kunarac et al.*, IT-97-25-T. Trial Judgement de 22 de febrero de 2001. Par. 485)

El TPIY en la sentencia de KUNARAC (*Prosecutor vs. Kunarac et al.*, IT-97-25-T . Trial Judgement de 22 de febrero de 2001. Par. 142) identificó los siguientes elementos constitutivos del delito de tortura del modo siguiente:

- i) La causación, por acción u omisión, de un severo dolor o sufrimiento, físico o mental;
- ii) El acto o la omisión debe ser intencional;
- iii) El acto o la omisión deben perseguir la obtención de información o confesión, o el castigo, la intimidación o la coerción de la víctima o de tercera persona, o la discriminación, por alguna razón de la víctima o de una tercera persona.

El TPIY enfatizó, en esta y otras sentencias, que el primer elemento y más importante del crimen de tortura es la causación de un severo sufrimiento físico o mental.

Por lo tanto, a la hora de aplicar la definición de tortura, tanto en el Estatuto de Roma como en el CP español, en relación con el delito de lesa humanidad es necesario tener en cuenta que esta definición autónoma se aparta del concepto tradicional contenido en la Convención de 1984 y se encuentra desprovista del elemento intencional, que hasta ahora, la había caracterizado. Esta nueva definición se acerca más al concepto de un trato inhumano y degradante que genere grave sufrimiento, más que a la caracterización clásica de tortura. Como advierte GIL GIL, con ello se desvirtúa el concepto tradicional de tortura, para convertirlo simplemente en la causación de dolores o sufrimientos físicos o mentales a personas sometidas a la custodia o control del sujeto activo.

El elemento objetivo de la tortura en el Art. 7.1 f) ER es la causación de un dolor o sufrimiento grave, respecto del cual los TPIs ad hoc no han podido establecer un catálogo de conductas cerradas respecto al umbral de gravedad, pero sí han apuntado criterios a valorar tales como la duración del maltrato o las secuelas para interpretar si el hecho concreto alcanza el nivel de gravedad requerido en el crimen contra la humanidad.

En la sentencia del caso KVOCKA (*Prosecutor vs. Kvocka*. IT-98-32-T. Trial Judgement. 2 de noviembre de 2001. Par. 144-149), el Tribunal acude al Informe especial sobre la tortura de las Naciones Unidas (UN *Special Rapporteur on Torture, Question of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, UN Doc A/56/156, 3 de Julio de 2001.), y a otras situaciones para referenciar actos que *per se* constituyen torturas: palizas, violencia sexual, denegación prologada del sueño, de comida, de higiene, de asistencia médica, mutilación de una parte del cuerpo, electroshock, quemaduras, inmersión en una mezcla de orina, sangre, vómitos y excrementos (submarino), simulación de ejecuciones, etc. concluyendo que hacer una lista exhaustiva de los actos de tortura resultaría una tarea imposible. En todo caso, el Tribunal advierte que a pesar de que estas prácticas a menudo causen daños permanentes a la salud de las víctimas, este tipo de daño no es un requisito para identificar un acto de tortura, aclarando que también los casos de tortura psíquica conformarían la conducta típica, como en los supuestos en los que se obliga a espectadores, familiares de la víctima, a observar cómo se le agrede sexualmente o se la ejecuta.

En este sentido, la regulación del CP español se aparta del Estatuto de Roma, ya que no requiere un umbral de gravedad para cualificar un delito común como uno de lesa humanidad, pues prevé una pena para los casos de tortura grave, y otra punición atenuada para los casos en los que fuera menos grave. Por lo tanto, la menor gravedad del hecho no excluiría la consideración del acto como

tortura –lo que sí sucedería en el terreno de la Corte Penal Internacional– sino que atenuaría la pena, pudiendo dicha conducta ser constitutiva de un delito de lesa humanidad. La pena del delito de lesa humanidad de tortura se impondrá sin perjuicio de castigar, en concurso real, los demás atentados que se hubieran cometido contra los derechos de las víctimas.

VII. Atentado integridad moral por funcionario o autoridad

El artículo 175 CP incorpora un supuesto agravado, respecto del artículo 173.1 CP cuando el atentado a la integridad moral lo cometa un funcionario o autoridad, abusando de su cargo, - y por ende en el ejercicio o aprovechamiento de sus funciones -. No obstante, el ámbito típico trasciende al artículo 173.1. CP pues tipifica expresamente supuestos donde el ataque a la integridad moral no fuera grave.

VIII. Delito por no impedir la comisión de torturas

El artículo 176 CP extiende el manto de punibilidad a los funcionarios y autoridades que, ostentando una posición de garante respecto de las personas detenidas, y sabiendo que se van a cometer - o que se están cometiendo torturas - no las impidan, pudiendo hacerlo.

La STS de 19 de diciembre de 1996, definía este artículo afirmando que: *Nos encontramos ante un delito de naturaleza omisiva, un supuesto de comisión por omisión, con relación al cual la propia ley penal, después de regular las correspondientes acciones que configuran las modalidades ordinarias de comisión de estos delitos, nos ofrecen una cláusula de equiparación del supuesto omisivo a las paralelas figuras comisivas, en consideración al especial deber jurídico que incumbe a la autoridad o funcionario que tiene bajo su concreta responsabilidad velar por las personas detenidas...*

IX. Supuestos prácticos

- 1) Manuel llega a un colegio mayor el primer año de carrera. Durante el primer mes, Pedro, un “veterano”, le exigió que fuese su esclavo particular. Durante ese mes, Manuel tuvo que lavar la ropa de Pedro, llevarle la comida, pelar la fruta, además de llevar una pegatina que ponía “propiedad de Pedro”. Manuel se prestó a ello para poder ser admitido en el ambiente del colegio, pero cuenta que lo pasó muy mal.
- 2) La policía nacional detiene a un terrorista del que tiene sospechas que ha puesto una bomba en un hotel de la capital. Para intentar averiguar la ubicación de la bomba, dos agentes lo someten a graves sufrimientos. Los gritos del detenido se escucharon en toda la comisaría, y de las misma fue consciente el inspector jefe. El detenido falleció por un paro al corazón, generado por el estado de ansiedad.

- 3) Rosana cree que no está valorada en su trabajo. Es abogada y cada escrito que presenta, lo corrige un abogado para el que trabaja. Nunca le dice que hace las cosas bien y eso le crea una situación de ansiedad y humillación. Su primo le aconseja que interponga una denuncia por mobbing.
- 4) Un grupo terrorista que ejerce el poder de facto sobre un territorio, decide apresar y torturar a todos los varones que no sean de su religión. Durante 6 meses torturan a los varones y los liberan cuando juran fidelidad a su nueva religión.
- 5) Margarita vive con su anciana tía y con sus padres. Margarita es la mayor, pero no aguanta a su tía, por lo que diariamente la insulta, le da bofetones y le insiste que lo mejor que puede hacer es morirse. Los padres son conscientes de ello, pero no hacen nada para evitarlo porque desean la muerte de la tía. Tras un año, la tía se toma un frasco de pastillas con la intención de suicidarse, pero no lo consigue.
- 6) María pasa por delante de una obra y uno de los trabajadores silba y la señala.

Delitos contra la
intimidad, propia imagen
y contra la
inviolabilidad del
domicilio

Delitos contra la intimidad

Delitos contra la
intimidad

Art. 197. CP.

Art. 197.1 Apoderarse para descubrir.

Art. 197.2 Datos personales

Art. 197.3 Tipo agravado por revelación

Art. 197.4 Tipo agravado por sujeto activo / datos

Art. 197.5 Tipo agravado datos sensibles

Art. 197.6 Tipo agravado lucro

Art. 197.7 Sexting

Art. 197. bis. Hacking

Art. 197. ter. Instrumentos para delinquir

Art. 197. quater. Organización criminal.

Art. 198. Tipo agravado. Autoridad u funcionario público

Art. 199. Revelación secreto ámbito laboral o profesional

Art. 200. RPPJ

Art. 201. Requisito procedibilidad

I. Introducción

El Título X del Código Penal regula los delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. En el presente capítulo se analizarán los delitos contra la intimidad, los cuales engloban la protección de la propia imagen.

Los tipos delictivos que atacan a la intimidad se han ampliado en los últimos años al expandirse el concepto de ésta y desarrollarse nuevas formas tecnológicas de afectarla. Hasta hace bien poco la utilización de una grabadora o una cámara fotográfica se reservaba a determinadas profesiones o finalidades concretas, pero hoy en día todo el mundo lleva en su teléfono un dispositivo de grabación de audio y de imagen, y ello facilita la comisión de estos delitos.

a) Bien jurídico protegido

En los delitos que trataremos en este capítulo se protege el derecho a la intimidad, el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho constitucional a la protección de datos.

El derecho a la intimidad se encuentra consagrado en el artículo 18.1 CE – *se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* –, así como en el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y del artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Según doctrina reiterada del TC, el derecho a la intimidad personal, como derivación del derecho a la dignidad (art. 10.1 CE) *implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana y referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo* (STC 207/1996, 16 de diciembre). Ese ámbito propio representa la esfera objetiva del derecho. Junto a ella, la doctrina constitucional reconoce una perspectiva subjetiva del mismo, que se concreta en la facultad de determinar *un ámbito reservado para sí y su familia* (STC 69/2018) y la posibilidad de poder exigir a terceros el deber de abstenerse en la intromisión de la esfera íntima (STC 70/2009)

Nos encontramos ante un derecho disponible, por lo que el consentimiento eficaz de una persona para que se difunda un aspecto íntimo de su vida eliminaría su protección, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de reserva personal y familiar (STC 196/2006). Dicho consentimiento puede ser revocado en cualquier momento (STC 159/2009).

El derecho a la intimidad puede verse restringido por medidas de investigación que acuerde la autoridad judicial (análisis de equipos informáticos, revisión de documentación, medidas de grabación, etc.) que deberán respetar los cánones constitucionales, debiendo ser adoptada por resolución judicial motivada, idónea, necesaria y proporcionada a un fin constitucionalmente legítimo. El derecho a la intimidad se puede ejercer en distintos ámbitos, tales como la intimidad corporal, informática, domiciliaria, médica, etc.

En otros tipos delictivos de este capítulo se identificará el derecho al secreto de las comunicaciones como el valor protegido por la norma penal. Este derecho fundamental se encuentra reconocido en el artículo 18.3 CE – *se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial*-. La privacidad de la correspondencia también se contempla como derecho en el art. 8.1 CEDH. Este derecho, que surgió para proteger la correspondencia cerrada, ha evolucionado debido a las nuevas tecnologías y se aplica a las llamadas de teléfono, wasap, emails, sms, grabaciones de conversaciones de terceros, etc. Lo que se protege es la impenetrabilidad por parte de un tercero en el acto de comunicación, por lo que si un interviniente en el mismo revela detalles de esta no se vería vulnerado el derecho fundamental. Distinto es que pueda afectar, de un modo u otro al derecho a la intimidad.

STC 114/1987. Si se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de los interlocutores o de los corresponsables ex art. 18.3, se terminaría vaciando de sentido, en buena parte de su alcance normativo, a la protección de la esfera íntima personal ex art. 18.1, garantía ésta que, «a contrario», no universaliza el deber de secreto, permitiendo reconocerlo sólo al objeto de preservar dicha intimidad (dimensión material del secreto, según se dijo). Los resultados prácticos a que podría llevar tal imposición indiscriminada de una obligación de silencio al interlocutor son, como se comprende, del todo irrazonables y contradictorios, en definitiva, con la misma posibilidad de los procesos de libre comunicación humana”.

La autoridad judicial puede ordenar, por resolución motivada la interceptación de las comunicaciones de un investigado, de conformidad con los artículos 588 bis a 588 octies LECrim. Esta resolución deberá respetar los cánones constitucionales de proporcionalidad y fin legítimo.

Como recuerda la STS de 25 de noviembre de 2009, es exigible una resolución general que no solo colme el deber general de motivación que es inherente a la tutela judicial efectiva sino que además se extienda a la justificación de su legitimación constitucional, ponderando las circunstancias concretas que, de acuerdo con el presupuesto legal y la finalidad constitucionalmente legítima, permitan la adopción de dicha decisión (SSTC 29/2001 y 138/2002) la restricción del ejercicio de un derecho fundamental, se ha dicho, necesita encontrar una causa específica y el hecho o la razón que la justifican debe explicitarse para hacer cognoscibles los motivos por los cuales el derecho se sacrificó. Por ello la motivación del acto limitativo, en doble sentido de expresión del fundamento de derecho en que se basa la decisión y del razonamiento seguido para llegar a la misma, es un requisito indispensable del acto de limitación del derecho (STC 52/98). De ahí que pueda afirmarse que si lo órganos no motivan dichas resoluciones judiciales, infringen ya por esta sola causa, los derechos fundamentales afectados (SSTC 62/96, 158/96 ó 170/96) y en relación con estos aspectos el Juez deberá asimismo valorar la proporcionalidad entre el fin, constitucionalmente legítimo que se persigue y la restricción del derecho fundamental.

En tercer lugar, nos encontraremos con un tercer valor protegido, relacionado con el ámbito de la protección de datos personales y familiares, que afecta al derecho fundamental reconocido en el artículo 18.4 CE. El Tribunal Constitucional ha reconocido ese derecho fundamental a la protección de datos advirtiendo que [...] *consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección*

de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. (STC 292/2000)

Estos derechos se encuentran regulados en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

b) Sujeto activo

Nos encontramos ante un delito común, por lo que cualquiera puede ser el autor que ha conseguido una información o documentación que afecta a la intimidad de un tercero. La pena se agrava si el sujeto activo es una persona especialmente designada para el tratamiento de datos personales, y utiliza esa habilitación para perjudicar a un tercero (art. 197. 4.a) CP) o si lo lleva a cabo un funcionario o autoridad que, prevaliéndose de su cargo, comete alguna de las conductas típicas.

c) Sujeto pasivo

El sujeto pasivo será el titular del derecho vulnerado, ya sea el de la intimidad o el secreto de las comunicaciones. Al ser un bien jurídico personalísimo, la víctima se identifica con el titular del bien jurídico protegido.

d) Elemento subjetivo

Todas las modalidades delictivas se han de cometer de un modo doloso, que habrá de abarcar el conocimiento de que el objeto material sobre el que se realiza el verbo típico afecta a la intimidad de un tercero.

e) Elementos comunes: Requisito de procedibilidad y perdón del ofendido

Este tipo de delitos se han de iniciar por denuncia del ofendido o de su representante legal (art. 201.1 CP). No obstante, ese requisito de procedibilidad no será necesario cuando la conducta típica la haya cometido un funcionario o autoridad prevaliéndose de su privilegiada situación, ni cuando esta afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.

Estos tipos delictivos son unos de los pocos donde el perdón del ofendido actúa como una causa de ausencia de responsabilidad penal post consumación delictiva, al extinguir la acción penal cuando sea otorgado por la víctima de manera expresa, antes de que se haya dictado sentencia.

No obstante, se ha de tener en cuenta que en caso de que el perjudicado sea menor o persona con discapacidad con especial protección, el perdón podría no ser efectivo, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 130.1.5 CP.

130.1.5 CP. En los delitos contra menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, los jueces o tribunales, oído el Ministerio Fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del Ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena. Para rechazar el perdón a que se refiere el párrafo anterior, el juez o tribunal deberá oír nuevamente al representante del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección

II. Conductas típicas en particular art.197.

a. Apoderamiento de secretos para descubrir la intimidad. Art.197.1 CP

La primera conducta típica del artículo 197 CP se divide en dos tipos de actos que comparten una finalidad común, sin la cual no se puede considerar consumado el delito. Se castiga:

- El apoderamiento - (i) apoderarse de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales -
- La interceptación de comunicaciones .- (ii) intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen o de cualquier otra señal-.

Esa conducta típica se ha de llevar a cabo con una intención concreta - descubrir la intimidad de otro -, por lo que nos encontramos ante un delito mutilado en dos actos que necesita que junto al tipo objetivo se le sume una intención concreta para su consumación. La acción se lleva a cabo **para conocer un ámbito reservado** al que desea acceder el sujeto activo, **no para revelarlo**. Por lo tanto, no se ha de exigir la posterior revelación para considerar consumado el delito, ya que esto conformaría otro tipo delictivo tipificado en el artículo 197.3 CP.

Ej. Manuel accede al ordenador de Luis y copia unos archivos titulados “vacaciones 2019” con la intención de descubrir aspectos íntimos de la vida de Luis.

Ej. Manuel ve un pen drive de 128 gigas en la mesa de Luis, y como le viene bien, se apodera del mismo. Borra todos los archivos y lo utiliza para grabar música. (Delito de hurto, no de apoderamiento de secreto pues falta la intención de descubrir la intimidad).

Al encontrarnos ante un delito mutilado en dos actos, el delito se consuma con el apoderamiento o la interceptación del objeto material con la intención de descubrir, con independencia de que finalmente se descubra o no parte de la intimidad de la víctima. La STS 1045/2011 de 14 de octubre especifica sobre este particular que: *Lo relevante es que se trata de un delito en cualquiera de sus versiones que no precisa para su consumación el efectivo descubrimiento del secreto o en el presente caso de la intimidad del sujeto pasivo, pues basta la utilización del sistema de grabación o reproducción del sonido o de la imagen (elemento objetivo) junto con la finalidad señalada en el precepto de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad (elemento subjetivo), es decir, en el presente caso el tipo básico se consuma por el sólo hecho de la captación de las imágenes del denunciante con la finalidad de vulnerar su intimidad.*

Ej. María coloca un dispositivo de grabación en la habitación de su compañero de piso pues quiere descubrir si éste tiene una relación con su amiga Rocío. Al revisar la grabación se da cuenta que lo único que consta es una conversación intrascendente que tiene con la compañía telefónica.

Ej. Rosendo se apodera de un pen drive pensando que puede tener fotos íntimas de Fátima, y cuando lo abre descubre que está vacío.

Al encontrarnos ante un delito de apoderamiento o interceptación clandestina sería plausible plantear supuestos de tentativa respecto a la apropiación/ interceptación, pero no respecto a la vulneración de la intimidad, pues el hecho

de que el objeto aprehendido no contenga la información que se buscaba y no afecte a la intimidad, como se ha visto, no afecta a la consumación del delito.

Ej. Pedro ve el teléfono de Luis en una mesa, y con intención de conocer sus íntimos secretos lo coge para apropiárselo. En ese momento entra Luis en la habitación y Pedro le devuelve el teléfono, alegando que lo estaba mirando para ver si se compraba un modelo similar.

El secreto que se pretende descubrir es una información a la que el sujeto activo no tiene acceso por pertenecer al ámbito reservado de la intimidad del sujeto pasivo y que se contiene en los distintos objetos materiales -carta, pen drive, imagen, etc.-. Como advierte GONZALEZ CUSSAC, *será irrelevante, que una vez descubierto el secreto, el sujeto activo ya lo conociera previamente: la confirmación del mismo constituye una conducta típica.*

b. Manipulación de datos personales en perjuicio de su titular. Art. 197.2 CP

El bien jurídico protegido en el artículo 197. 2 CP no es la intimidad, pues existen datos reservados que podríamos considerar que no afectan a la misma - domicilio, nº. de teléfono, ... - sino al valor/derecho enunciado en el artículo 18.4 CE. La STS 586/2016, de 11 de diciembre lo resume del modo siguiente: [...] *la gravedad de las penas asociadas al art. 197.2 del CP son bien expresivas de la necesidad de una fundada y grave afectación del bien jurídico protegido, que no es la intimidad, entendida en el sentido que proclama el art. 18.1 de la CE, sino la autodeterminación informativa a que se refiere el art. 18.4 del texto constitucional. Se trata de una mutación histórica de innegable trascendencia conceptual, de un derecho de nueva generación que otorgaría a cada ciudadano el control sobre la información que nos concierne personalmente, sea íntima o no, para preservar, de este modo y en último extremo, la propia identidad, nuestra dignidad y libertad*». Nos encontramos con un derecho autónomo reconocido por el Tribunal Constitucional (STC 254/2000) que se traduce en **un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona** (RODRÍGUEZ RAMOS).

En el tipo penal encontramos dos modos de conductas que se pueden cometer “sin estar autorizado”. Por lo tanto, lo primero que tendremos que descartar por atípico es la utilización de datos personales por persona autorizada para tratarlos, aunque sea en perjuicio de su titular o de un tercero.

Ej. Un juez reclama los antecedentes penales de un acusado para comprobar si le sería aplicable la agravante de reincidencia.

Ej. Un policía coteja la base de datos de ADN para comprobar si existen coincidencias con un investigado.

Por lo tanto, el sujeto activo habrá de ser una persona sin autorización para acceder a los datos, o persona con autorización concreta para el tratamiento que excede de sus funciones y la conducta queda extramuros del ámbito de su autorización (STS 185/2016, 3 de febrero).

Las conductas típicas son dos:

- Apoderarse, utilizar o modificar datos reservados de carácter personal o familiar de otro, en perjuicio de tercero, que se hallen

registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Respecto al verbo de apoderamiento, parte de la doctrina lo interpreta en el sentido literal del término, pero otra parte se inclina por ampliarlo a supuestos de grabación o captación del contenido del dato, interpretación avalada por la STS 185/2016.

- Acceder a ficheros, alterarlos o utilizarlos en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

Los datos reservados de carácter personal constituyen el objeto material de la primera conducta. La jurisprudencia ha diferenciado entre datos reservados sensibles, que son los que afectan al núcleo duro de la privacidad: ideología, enfermedad, creencia, condición sexual, ... de los otros datos personales. No obstante, ambos tipos son datos reservados y ambos engloban el objeto material. Parte de la doctrina aboga por restringir el concepto de dato reservado a aquel que afecte a la privacidad, pero esa no parece ser la interpretación del art. 197 CP, pues en el ordinal 5º se incluye un tipo agravado cuando la conducta afecte, precisamente, a los datos “sensibles” que integran núcleo de la privacidad de la persona. Como advierte RODRÍGUEZ RAMOS no existen datos personales reservados y no reservados, por lo que debe interpretarse que todos los datos automatizados quedan protegidos por el artículo 197.2 CP. Estos datos han de estar incluidos en ficheros o soportes electrónicos, telemáticos o cualquier tipo de archivo, registro público o privado, como un conjunto organizado de información relativa a una generalidad de personas (STS 553/2015).

Este último sistema organizado -fichero o archivo- tiene gran importancia pues supone también el objeto material del segundo tipo de las conductas, como ha advertido parte de la doctrina (GONZÁLEZ CUSSAC, CASTIÑEIRA PALOU). La única interpretación plausible del tipo, para no considerarlo reiterativo, es entender que la segunda conducta se focaliza en los archivos donde se contienen los datos, y la primera se refiere a la manipulación de los datos mismos.

En el ámbito de la identificación del fichero o archivo como elemento del tipo resulta de especial interés la STS 586/2016, de 4 de julio, donde la Sala casa la sentencia de instancia que condenó a un juez de instrucción por utilizar el dato de los antecedentes penales de una persona que lo denunció a la inspección del CGPJ en su escrito de alegaciones, interpretando que el dato al constar en un expediente judicial no podía ser considerado que se encontrase en un fichero o archivo. Dicha sentencia cuenta con un interesante voto particular contrargumentando esta interpretación.

Todos los verbos típicos - apoderarse, modificar, acceder, alterar o utilizar - se han de llevar a cabo en perjuicio de terceros o del titular, por lo que nos encontramos que el acceso no consentido que afecta al titular del dato se puede llevar a cabo con la intención de perjudicar a un tercero.

Ej. Juan accede a los datos médicos de Manuel, para publicar en Facebook que María le ha contagiado de una enfermedad que ambos comparten.

La intención de perjudicar forma parte del elemento subjetivo del injusto, por lo que como en el artículo 197.1 CP nos encontramos ante un delito mutilado en dos actos, respecto del que únicamente se castiga su comisión dolosa. No es necesario que se produzca el perjuicio para que el delito se consume, pero como elemento subjetivo del tipo sí ha de quedar probada la intención de perjudicar.

Se incluyen algunos ejemplos jurisprudenciales extraídos de la STS 586/2016 por resultar muy reveladores de las conductas punidas: *Basta un examen detenido de los precedentes más destacados de esta Sala, en los que el art. 197.2 del CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) fue aplicado y derivó en una condena para constatar la intrínseca gravedad de los supuestos a los que se hacía frente. Son los casos, por ejemplo, del médico del Servicio Público de Salud que, aprovechando su cargo y el acceso a las bases de datos de historiales médicos, realizó numerosas consultas sin autorización ni justificación, con consciente incumplimiento del compromiso de confidencialidad que le incumbía, llegando a acceder en más de 200 ocasiones y durante el plazo de 2 años a las historias de salud e información de atención primaria de una enfermera, con la que había roto una relación amorosa, y las de sus familiares (STS 40/2016, 3 de febrero (RJ 2016, 257)); del policía autonómico que, valiéndose de su libre acceso a la base de datos policial, eludía las sanciones por sus multas de tráfico, identificando falsamente en los pliegos de descargo a terceras personas (cfr. STS 534/2015, 23 de septiembre (RJ 2015, 4025)); el médico del INSALUD que, aprovechando tal condición, consultó el historial clínico de varios compañeros sin su consentimiento, obteniendo así información clínica especialmente protegida (cfr. STS 532/2015, 23 de septiembre (RJ 2015, 4208)); el funcionario de la TGSS que, con la utilización de la clave asignada para otras funciones, facilitaba datos de trabajadores, empresas, vida laboral y certificados de situación de cotización a mutuas laborales y a terceras personas (STS 525/2014. 17 de junio (RJ 2014, 4513)); el agente de la Guardia Civil que al amparo de su cargo accede al registro informático del Cuerpo y facilita datos reservados sobre varias personas, datos que luego son utilizados para chantajear a terceras personas (cfr. STS 1189/2010, 30 de diciembre (RJ 2011, 418)); los funcionarios del INEM que difunden a terceros datos de múltiples personas, extraídos de ficheros informáticos oficiales a los que accedían con su propio código o con el otros compañeros y mediante los que facilitaban el embargo de sus bienes (cfr. STS 725/2004, 11 de junio (RJ 2004, 5625))...*

c. Descubrimiento o revelación 197.3 CP

Se castiga de un modo agravado – pena de prisión de 2 a 5 años – cuando los datos personales reservados, hechos o imágenes típicas del artículo 197.1 y 197.2 CP se difundan, revelen o cedan a terceros. En estos supuestos, si el sujeto activo es el mismo que se apodera y difunde estaríamos ante un concurso de normas que, ex artículo 8.3 CP debe resolverse con la aplicación de este tipo delictivo de manera preferente.

Si el sujeto activo del apoderamiento y la revelación no coinciden, y únicamente participa en la revelación de las imágenes, datos o hechos **con conocimiento de su origen ilícito**, se le castigaría con una pena de 1 a 3 años de prisión.

d. Tipo agravado 197.4 CP

La pena de los delitos expuesto se agrava con prisión de 3 a 5 años cuando la conducta se cometa por el encargado o responsable de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos, telemáticos, archivos o registros. Esta circunstancia agravatoria ha de interpretarse en clave de incluir un mayor reproche al que tiene el mandato y la función de mantener los datos a salvo, es decir, aquel que por ley o contrato ha adquirido la función de ser el garante de estos (art. 11 CP), sin que

deba aplicarse a cualquier persona que por su trabajo puede tener acceso a los mismos – administrativos, contables, etc. -.

La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales regula la figura del encargado del tratamiento de los datos (art.33) y del delegado de protección de datos (art.34) que se ha de nombrar en determinadas personas jurídicas. Estas personas adquieren una serie de obligaciones, funciones y poderes para salvaguardar los derechos de terceros a los que se gestionan los datos, por lo que en la mayoría de las ocasiones podrán ser tenidos por los garantes de los mismos. El art. 5.1 de la citada Ley establece un especial deber de confidencialidad a *Los responsables y encargados del tratamiento de datos así como todas las personas que interengan en cualquier fase de este estarán sujetas al deber de confidencialidad al que se refiere el artículo 5.1.f) del Reglamento (UE) 2016/679.*

En el ordinal b) del art. 197. 4 CP se contempla como circunstancia agravante el hecho de que la vulneración de los derechos a la intimidad o a la autodeterminación informática *se lleve a cabo mediante la utilización no autorizada de datos personales de la víctima.* Según la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2017, en este supuesto, *lo que el Legislador pretende sancionar más gravemente son aquellas conductas en las que el autor del hecho no solo invade intencionadamente la intimidad de una persona, cometiendo alguna de las conductas típicas, sino que además lleva a efecto dicho comportamiento haciendo uso de las señas de identidad propias de la víctima, es decir, haciéndose pasar por ella como medio para lograr sus criminales propósitos.* Por lo tanto, nos podríamos encontrar ante un supuesto de suplantación de identidad o de utilización de claves personales de un tercero para acceder a esos datos, con intención de perjudicar.

Ej. Rosa consigue la clave de acceso a una página de citas privadas de Marta, y consigue los datos de todas las personas con las que Marta ha quedado, pues pretende utilizar esa información en su perjuicio.

En el supuesto de que los datos utilizados se hubieran difundido, cedido o revelado a terceros se impondrá la pena en su mitad superior.

e. Tipo agravado por la naturaleza de los datos. 197.5 CP

Como ya se ha expuesto, en el ámbito de los datos personales de carácter reservados existe el conocido como “núcleo duro de la privacidad” que hace referencia a los datos especialmente sensibles que aportan información íntima de las personas. El artículo 197.5 CP castiga con la mitad superior de la pena correspondiente los supuestos en que los datos de carácter personal utilizados revelen ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuera un menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección.

f. Tipo agravado por fines lucrativos. 197.6 CP

Si las conductas expuestas se llevaran a cabo con fines lucrativos, a los que se les habrá de sumar la intención de perjudicar a un tercero, se impondrán las penas en su mitad superior. No es necesario que el beneficio se alcance o materialice, pues lo que se castiga de manera más grave es actuar con la intención de sacar un provecho con la lesión del derecho del tercero.

g. Tipo específico. Revelación de imágenes o grabaciones obtenidas con consentimiento. Sexting/ Revenge porn. Art. 197.7 CP

En la reforma del 2015 se incluyó el artículo 197.7 CP para dotar de protección a personas que, en determinados supuestos, consienten la grabación por parte de otro de una imagen que afecta a su intimidad, pero no su difusión a personas ajenas a esa relación, y con posterioridad ésta se produce. Nos encontramos por tanto ante una conducta de difusión sin consentimiento, precedida de un apoderamiento con consentimiento. El tipo penal castiga al que, *sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o cualquier otro lugar fuera de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.* Procede intentar aclarar los elementos típicos ya que la técnica legislativa de este apartado resulta confusa y proclive al error interpretativo.

El bien jurídico protegido es la intimidad (*personal de esa persona?*), pero no respecto de aquel al que se permite o cede la imagen o grabación, sino de terceras personas a las que el titular del bien jurídico protegido no ha permitido su acceso a la misma.

El sujeto activo es aquel que obtiene la imagen o grabación con la anuencia del sujeto pasivo y luego la difunde. Nos encontramos ante un sujeto activo especial impropio, pues sólo puede serlo quien adquiere la imagen con consentimiento y la divulga sin éste.

Ello adquiere mucha importancia pues este tipo penal surge, en parte, para castigar la difusión de imágenes o grabaciones de tipo sexual. La STS 70/2020, de 24 de febrero, recuerda que: *La experiencia enseña -dicen los primeros- la existencia de amantes despechados que se vengan de su pareja - revenge porn- mediante la difusión de imágenes que nunca fueron concebidas para su visión por terceros ajenos a esa relación.*

El sujeto pasivo es aquella persona que, habiendo consentido ceder una imagen o grabación audiovisual a una persona concreta, ve lesionada su intimidad al revelarse a terceros fuera del círculo de confianza.

El objeto material son imágenes o materiales audiovisuales, por lo que siempre deberá constar un elemento visual que pueda identificar al titular del bien jurídico protegido, sin que sea suficiente la transmisión de sonidos para colmar la tipicidad del mismo. Esas imágenes han de haber sido obtenidas con consentimiento, y ello incluye tanto la grabación del tercero con consentimiento como la recepción de la misma por envío de la propia persona que la ha grabado.

La STS 70/2020 resuelve este matiz, pues el recurrente alegaba que al haber recibido la imagen de la persona, y no haberla tomado él, su acción quedaba extramuros del tipo penal. El Tribunal concluye que: *La obtención de las imágenes o grabaciones audiovisuales que, en todo caso, ha de producirse con la aquiescencia de la persona afectada, puede tener muy distintos orígenes. Obtiene la imagen, desde luego, quien fotografía o graba el vídeo en el que se exhibe algún aspecto de la intimidad de la víctima. Pero también obtiene la imagen quien la recibe cuando es remitida voluntariamente por la víctima, valiéndose para ello de cualquier medio convencional o de un programa de mensajería instantánea que opere por redes telemáticas.*

Las imágenes han de ser tomadas en un espacio locativo privado – domicilio – u otro lugar *fuera del alcance de terceros* -. Esta identificación etérea del lugar de toma de la imagen va a resultar problemática en su aplicación, pues ello conduce a *excluir aquellos supuestos -imaginables sin dificultad- en que la imagen captada reproduzca una escena con más de un protagonista* (STS 70/2020) o las que son tomadas en lugares públicos como playas, parques, ríos, etc. La imagen no ha de tener siempre contenido sexual, pues serían típicas todas aquellas que puedan considerarse como atentatorias del derecho a la intimidad personal.

El verbo típico, y que dota de sentido al reproche penal, **es difundir, revelar o ceder a terceros, sin autorización**, la imagen o grabación que vulnera la intimidad de la persona.

Las penas se impondrán en su mitad superior:

- Cuando los hechos hayan sido cometidos por el cónyuge o persona que esté, o haya estado unida a él por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia.
- La víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.
- Los hechos hubieren sido cometidos con una finalidad lucrativa.

i) El reenvío de la imagen o grabación como nuevo delito: Los medios tecnológicos al alcance de la gran mayoría de la sociedad habilitan a reenviar de manera masiva imágenes o grabaciones que son recibidas. La pregunta que ha surgido desde que este artículo fue incorporado al CP es si aquellos que reenvían las imágenes, y por lo tanto participan en la cadena de difusión, han de ser castigados por este tipo delictivo. La STS 70/2020 concluye que no de acuerdo al siguiente razonamiento: *Pero es indispensable para acotar los términos del tipo excluir a terceros que son extraños al círculo de confianza en el que se ha generado el material gráfico o audiovisual y que obtienen esas imágenes sin conexión personal con la víctima. La difusión encadenada de imágenes obtenidas a partir de la incontrolada propagación en redes telemáticas, llevada a cabo por terceros situados fuera de la relación de confianza que justifica la entrega, queda extramuros del derecho penal.* La opinión de la Fiscalía General del Estado es similar en la Circular 3/2017, excluyendo supuestos de autoría o cooperación necesaria. No obstante, advierte la Fiscalía (pág. 15) que: *No obstante, en referencia a estos últimos comportamientos, habría de valorarse la posibilidad de apreciar la comisión de un delito contra la integridad moral del artículo 173.1 CP respecto de aquellos que, siendo extranei a la conducta del artículo 197.7, realizan ulteriores transmisiones a terceros de los contenidos comprometidos, a sabiendas de que la difusión se está llevando a efecto sin contar con la autorización del afectado y que la misma, en atención a la especial naturaleza de los contenidos y a las circunstancias concurrentes, puede menoscabar gravemente su integridad moral.*

No obstante, la Ley Orgánica 10/2022 ha incorporado un segundo párrafo al artículo 197.7 CP que reza del modo siguiente: *Se impondrá la pena de multa de uno a tres meses a quien **habiendo recibido las imágenes o***

grabaciones audiovisuales a las que se refiere el párrafo anterior las difunda, revele o ceda a terceros sin el consentimiento de la persona afectada. De este modo, se positiviza el castigo de aquel que reenvíe la imagen o grabación afectante a la intimidad obtenida con consentimiento, pero enviada sin el mismo. Se establece que lo debe hacer “sin el consentimiento de la persona afectada” y la duda surge cómo interpretar el consentimiento.

Me explico. En el supuesto de recibir una imagen de un tercero que no se conoce realizando un acto sexual ¿se ha de presumir que existe el consentimiento o no? Si nada dice el mensaje, surge la duda si esta imagen se tomó con el consentimiento de la persona afectada para que sea difundida. Si se partiera de que se ha de presumir la ausencia de consentimiento, todo reenvío de una imagen o vídeo de contenido sexual sería delictivo si no se contactase con la persona representada y se le pidiese permiso para difundir el vídeo (algo que resulta en la mayoría de los casos imposible al no conocer el nombre o la dirección), lo que generaría una expansión punitiva respecto de este tipo de conductas que sería desproporcionada. En mi opinión, la interpretación del tipo ha de ser restrictiva, y si no se especifica nada en el mensaje que denote la falta de consentimiento originario (como podría ser “imagen tomada de manera clandestina en un probador “ por ejemplo) no se puede presumir la ausencia del consentimiento. Distinto sería el caso en que se reciba la imagen de una persona cercana al círculo de confianza (ej: recibo la imagen o el vídeo de un amigo) y se conozca que por las circunstancias del caso, no ha prestado el consentimiento para que la imagen se difunda y se participe conscientemente en la publicación de esta para perjudicarlo.

III. Intrusismo informático- Hacking. Art. 197.bis CP

El artículo 197 bis CP castiga conductas que atacan la integridad de sistemas informáticos, como elementos que contienen información no pública, pero que se distancian de aquellas que atacan a la intimidad como las analizadas en el artículo anterior.

En estos casos, el bien jurídico protegido no se identifica con la intimidad, sino con la integridad y seguridad de los sistemas informáticos ajenos, así como la privacidad de la información no pública que contienen (que puede afectar a la intimidad o no).

El apartado primero del artículo 197 bis CP tipifica el acceso, o facilitar el acceso a otro, en un sistema informático o mantenerse en el mismo, **sin estar debidamente autorizado y vulnerando las medidas de seguridad** establecidas para impedirlo. Como se puede apreciar, no se exige un perjuicio excedente al hecho, por lo que nos encontramos ante un delito de mera actividad que castiga el acceso no consentido a un sistema informático, sin importar qué tipo de datos, documentos o información se encuentran en el mismo.

El acceso, o el mantenimiento sin autorización, ha de realizarse sorteando las medidas de seguridad establecidas al efecto. Según la Circular 3/2017 de la FGE, tales efectos, *tendrá la consideración de medida de seguridad toda aquella que se haya establecido con la finalidad de impedir el acceso al sistema, con independencia de que la misma sea más o menos sólida, compleja o robusta y también de que haya sido establecida por el administrador, el usuario, o por el instalador del sistema, siempre que se mantenga operativa como tal medida de seguridad por quien está legitimado para evitar el acceso.* De acuerdo a esta interpretación, cualquier antivirus o programa de defensa que, por defecto se integre en el sistema informático, sería suficiente para colmar este requisito de tipicidad – sin exigir sofisticados procedimientos técnicos –.

La Directiva 2013/40/UE, en su art. 2, define sistema de información como *todo aparato o grupo de aparatos interconectados o relacionados entre sí, uno o varios de los cuales realizan, mediante un programa, el tratamiento automático de datos informáticos, así como los datos informáticos almacenados, tratados, recuperados o transmitidos por dicho aparato o grupo de aparatos para su funcionamiento, utilización, protección y mantenimiento.*

Se castiga facilitar a otro el acceso a un sistema de información ajeno, elevando a la categoría de autoría lo que en cualquier otro supuesto sería un acto de participación, ya como cooperación necesaria, ya como complicidad, en función de las circunstancias.

En el apartado segundo del artículo 197. bis CP se tipifica la interceptación, de aquel que no tenga autorización para ello, de datos informáticos que se produzcan desde, hacia o dentro de un sistema de información. En este supuesto el objeto material protegido son datos informáticos que se transmiten, por lo que se protege la privacidad de dicho proceso de transmisión de datos. La autorización puede otorgarse por el titular de los datos que emite o recibe, o puede ser acordada por un juez, mediante auto motivado y proporcional, la intervención de determinadas transmisiones en el ámbito de un proceso penal.

Tal y como expone la Circular 3/2017 FGE, *habrá que considerar amparadas por el precepto que se examina todas las transmisiones efectuadas por redes privadas pero también aquellas que, aun efectuadas a través de redes públicas, tengan carácter reservado o en relación con las cuales se hayan establecido, de una u otra forma, mecanismos para garantizar la privacidad y excluir a terceros del conocimiento de dicha información. En segundo término, se protegen también en este precepto los datos informáticos susceptibles de obtenerse a partir de las emisiones electromagnéticas de un sistema de información.*

IV. [Facilitación instrumentos para cometer delitos del art. 197.1, 197.2 y 197 bis CP.](#)

En el artículo 197 ter CP encontramos un supuesto claro en donde el legislador adelanta la barrera de protección y castiga como delitos consumados lo que, en otro caso serían actos preparatorios. Así se castiga al que, **sin estar debidamente autorizado**, produzca, adquiera para su uso, importe, o facilite a terceros concretos instrumentos para facilitar la comisión de los delitos del artículo 197 1 y 2 CP, así como del artículo 197. bis CP.

Los concretos instrumentos son:

- a) Un programa informático concebido o adaptado principalmente para cometer dichos delitos; o
- b) Una contraseña de ordenador, un código de acceso, o datos similares, que permitan acceder a la totalidad o a una parte del sistema de información.

Estos elementos o códigos han de ser producidos, adquiridos o facilitados con un elemento subjetivo concreto, que se sustancia en la intención de cometer un tipo de delito específico que conlleva un perjuicio a un tercero. Si no se cuenta con dicho elemento subjetivo, la conducta sería inocua, por lo que se puede apreciar la importancia que la prueba de la existencia de tal elemento adquiere en el proceso penal.

V. Agravante por pertenencia a organización o grupo criminal

El artículo 197.4 CP contempla una agravante – mitad superior de la pena – cuando los delitos comprendidos en el capítulo se hubieran cometido en el seno de una organización o grupo criminal (Vid. art. 570 bis y 570 ter CP).

VI. Responsabilidad penal de la persona jurídica

La comisión de los tipos delictivos contemplados en los artículos 197, 197 bis y 197 ter CP provocarán la responsabilidad penal de la persona jurídica si concurrían los requisitos del artículo 31 bis CP.

VII. Agravante por sujeto activo. Funcionario público o autoridad

El artículo 198 CP contempla una agravante cuando los delitos cometidos en los artículos 197, 197 bis y 197 ter CP se cometiesen por funcionario público o autoridad. Estos habrán de actuar sin que medie causa legal que los habilite y prevaliéndose de su posición para cometer, de un modo más fácil, los delitos expuestos. Nos encontraremos con situaciones donde estas personas actúan fuera de su ámbito de competencia y legitimación – como si fueran particulares – , pero utilizan su puesto para llevar a cabo la conducta con mayor facilidad.

Ej. Juan es secretario judicial. Ante un vecino molesto, investiga sus antecedentes penales y al descubrir que tiene, los cuelga en el tablón de su portal para que los otros vecinos le hagan el vacío.

VIII. Revelación de secreto en el ámbito laboral o profesional

El artículo 199 CP castiga la revelación de secretos ajenos, los cuales han de entenderse que afectan a la intimidad, por lo que el bien jurídico sería el expuesto en el artículo 197.1 CP – que conozca por razón de su trabajo o labor profesional –, aunque el ámbito de protección es más amplio, pues protegerá también aquellas informaciones reservadas que no afecten estrictamente a la intimidad (el hecho de tener una cuenta en el extranjero no declarada, por ejemplo).

La diferente penalidad que existe entre el ordinal primero y segundo - tipo agravado - de este artículo no tiene su fundamento en que las conductas sean distintas, pues ambas tratan de revelar/divulgar secretos ajenos, sino en el quebrantamiento de un mayor deber de secreto profesional, anudado a su labor por un código deontológico u otra normativa similar, de los segundos respecto de los primeros.

Así, en el artículo 199.1 CP se incluiría a aquel trabajador que en el ejercicio de su trabajo tiene acceso a un secreto y lo revela.

Ej. Manuel es el secretario de un consultorio médico. Un día descubre que un conocido actor ha sido tratado de una enfermedad venérea y llama a un programa de la televisión para contarle.

El segundo apartado del artículo 199 CP aumenta la penalidad en caso de divulgación del secreto porque el sujeto activo quebranta la confianza depositada por el tercero que se fundamenta en un especial deber de sigilo o reserva que es imperativo para aquellos que ejercen esa profesión. Por lo tanto, el "cliente" descubre un secreto en el convencimiento de que no será revelado por el profesional porque su deontología profesional lo prohíbe, y al mismo tiempo, le protege. La traición a este deber, que afecta a la intimidad o a la información reservada y protegida, se castiga con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación.

Ej. Un cliente contrata los servicios de un abogado penalista para que lo defienda en un proceso. El abogado revela a un tercero información protegida por el privilegio abogado cliente, incumpliendo su deber de secreto profesional y el artículo 5 del Código Deontológico de la Abogacía²⁶.

Ej. Un sacerdote escucha en confesión a un feligrés. 5 días después comenta lo que escuchó en confesión - que afecta a una infidelidad conyugal - en la barra de un bar del pueblo, donde todos conocen al arrepentido confesante.

Ej. Un psicólogo trata a un cliente con problemas depresivos graves. Por la noche comenta el asunto en su casa, y su hermano, que vive con él y es amigo del cliente, lo comenta con sus otros conocidos por wasap.

IX. Protección de datos reservados de las personas jurídicas

El artículo 200 CP incluye dentro del ámbito de protección los datos reservados de las personas jurídicas. Respecto a ello y al bien jurídico protegido se ha de tener en cuenta, como advierte RODRÍGUEZ RAMOS, que *sólo impropiaamente puede hablarse de intimidad de las personas jurídicas; la intimidad, como tal, sólo es predicable de las personas físicas, pues es un derecho de la personalidad cuyo ámbito propio de proyección es la vida personal y familiar. Esa intimidad, o mejor, este*

²⁶ Art. 5.1. Código Deontológico de la Abogacía. *La confianza y confidencialidad en las relaciones con el cliente, ínsita en el derecho de éste a su defensa e intimidad y a no declarar en su contra, impone a quien ejerce la Abogacía la obligación de guardar secreto, y, a la vez, le confiere este derecho, respecto de los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, limitándose el uso de la información recibida del cliente a las necesidades de su defensa y asesoramiento o consejo jurídico, sin que pueda ser obligado a declarar sobre ellos como reconoce la Ley Orgánica del Poder Judicial. 2. El deber y derecho al secreto profesional comprende todas las confidencias y propuestas del cliente, las de la parte adversa, las de los compañeros, así como todos los hechos y documentos de que haya tenido noticia o haya remitido o recibido por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional*

derecho a la intimidad, es lo que protegen los arts. 197 y ss. CP, siquiera en ellos se trate de delimitar ese concepto vago y difuso, de complicada delimitación conceptual y práctica, mediante la alusión al «secreto» o los «datos reservados», a veces en abstracto, a veces a través de la protección de los objetos típicos en que la intimidad se manifiesta, como es el caso de la correspondencia, comunicaciones, etc., y, además, como corresponde al Derecho penal, la tutela no abarca todas las manifestaciones de la intimidad o todos los ámbitos de ésta que podrían catalogarse, sino tan sólo su aspecto más esencial definido por la norma penal por el concepto de «secreto», pues existe una paralela protección civil del derecho fundamental de la intimidad bastante a otros muchos efectos.

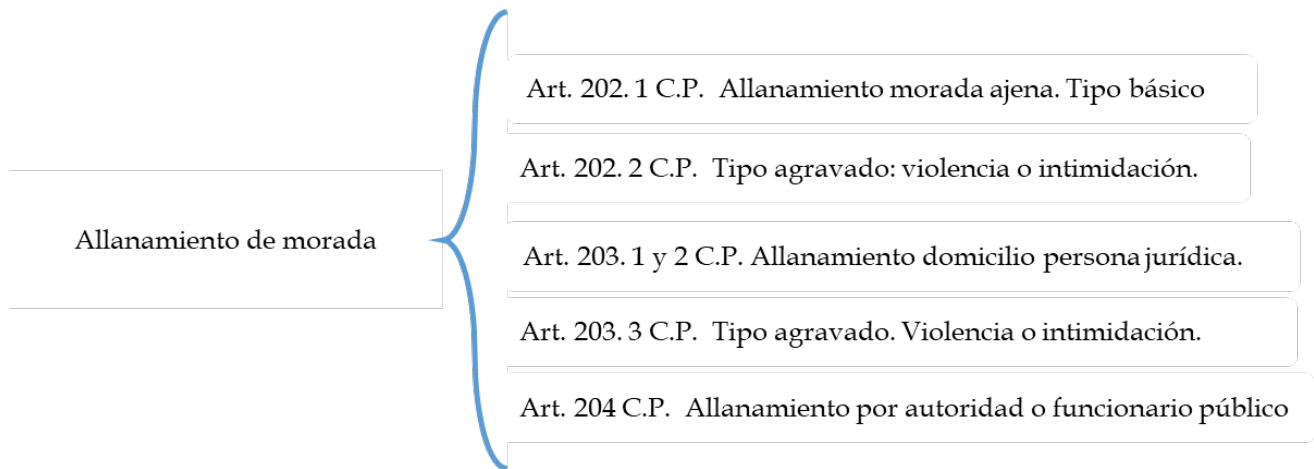
Realmente resulta complejo deslindar la aplicación de los artículos de este capítulo con la de los artículos 278 y 279 CP que expresamente castigan el apoderamiento y revelación de un secreto de empresa. Se podría interpretar que son datos reservados personales de las entidades que no representan secreto de empresa, lo que resultaría realmente complejo aplicarlo en la práctica.

X. Supuestos prácticos

- 1) Elisa es compañera de trabajo de Manuel y está enamorada de él. Quiere conocer más de su vida. Un día que Manuel se olvida su móvil en una mesa, Elisa lo coge y aprovecha para cotillear sus fotos y encuentra alguna íntima, que se reenvía. Al día siguiente se lo devuelve diciéndole que lo cogió para evitar que se lo hurtaran.
- 2) José Manuel trabaja en el hospital de Cáceres. Ha discutido con Pedro y quiere saber qué enfermedades tiene él y sus familiares, para poder utilizar en un futuro esa información. Entra en la base de datos del hospital y copia los historiales médicos de varias personas.
- 3) Julio es detective privado. Necesita obtener datos personales de María, y para ello soborna a Rosa, que es la responsable de protección de datos de la empresa en la que trabaja María para que le dé todos sus datos. Rosa recibe 500 € en contraprestación.
- 4) Manuel le manda fotos íntimas a su novia Carmela. Tras la ruptura, Carmela se las envía a la nueva novia de Manuel para que éste tenga problemas con ella. Manuel interpone una denuncia y se inician acciones penales. Tras 5 meses, se reconcilia, Manuel la perdona y retira la denuncia.
- 5) José tiene grandes conocimientos de informática. Para ir mejorando en ello, se plantea como retos entrar en sistemas informáticos ajenos y salir – sin causar perjuicios. En los últimos 6 meses consiguió acceder a 5 sistemas informáticos de empresas y en 10 ordenadores de sus amigos.

- 6) Ernesto, Manuel y Julia constituyen una empresa llamada "Marketing datos S.L.". Su actividad consiste en acceder a bases de datos sin consentimiento de sus titulares y venderlos a empresas de telemarketing. Tras 7 meses de actividad se presenta una denuncia contra ellos.
- 7) Pedro es policía municipal. Harto de su vecino, entra en la base de datos de la policía para ver si tiene antecedentes policiales. Descubre que los tiene, pues una vez fue detenido por escándalo público, y lo comenta con su arrendador, para que no le renueve el contrato.
- 8) Alfonso, conocido empresario de la construcción, toma el sol desnudo en su terraza a la vista de sus vecinos. María le hace unas fotos y las vende a la prensa del corazón.
- 9) Juan recibe en su teléfono un video sexual de un compañero de trabajo. Sin decirle nada, lo reenvía a todos sus contactos, pues odia a su compañero desde que le quitó un proyecto.
- 10) Juan recibe un video sexual de alguien que no conoce y lo comparte con un grupo de wasap que tiene con 5 amigos.

Delito de allanamiento de morada



I. Introducción

El desarrollo de la intimidad del ser humano requiere de un ámbito propio, excluido de terceros con los que no se quiera compartir. Esta necesidad del ámbito propio para el desarrollo de la vida privada y la personalidad tiene su reflejo constitucional en el artículo 18.2 CE que consagra la inviolabilidad del domicilio como derecho constitucional: *El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.* Como se verá es un derecho personal que permite la regulación de un ámbito de privacidad en el domicilio, pero sometido a determinadas restricciones avaladas por una resolución judicial o para la evitación de la comisión de un delito flagrante.

La protección de este derecho constitucional tiene también su reflejo en el ámbito penal, donde se tipifican las conductas de entrada o permanencia en un domicilio ajeno sin consentimiento del titular. Este tipo de conductas es, en muchas ocasiones necesarias, para la comisión de un delito posterior - entrar en una casa para matar a una persona o para robar- por lo que es importante analizar las relaciones concursales que este delito mantiene con otras figuras delictivas.

II. Elementos comunes

a) Bien jurídico protegido

El valor protegido por el delito de allanamiento de morada es el derecho a la intimidad que se desarrolla en el domicilio (STS 852/2014, de 11 de diciembre), y que se concreta en la protección constitucional de la inviolabilidad del

domicilio (art. 18.2 CE) para garantizar un ámbito de privacidad con el fin de desarrollar la vida personal y familiar. Este espacio limitado de la persona que se elige como domicilio se encuentra constitucionalmente blindado de invasiones exteriores de otras personas y de la autoridad pública.

Estamos ante un bien jurídico disponible, por lo que el consentimiento elimina la tipicidad del delito, pues éste ha de ser cometido “contra la voluntad de su morador”.

El artículo 545 LECrim establece que: *Nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero residente en España sin su consentimiento, excepto en los casos y en la forma expresamente previstos en las leyes.*

b) Sujeto activo

Es un delito común, por lo que cualquier persona puede cometerlo en concepto de autor. Si el sujeto activo fuese una autoridad o funcionario público que lo cometiese fuera de los casos permitidos por la ley, se aplicará el tipo agravado contemplado en el artículo 204 C.P.

c) Sujeto pasivo

El titular del derecho a la intimidad lesionado por el quebrantamiento de la inviolabilidad del domicilio.

d) Tipo de delito

Es un delito de mera actividad, pues se consuma desde el momento en que se accede al domicilio contra la voluntad de su legítimo titular; o la persona que ha accedido con consentimiento se mantiene en él una vez que este ha sido revocado y se le ha comunicado que debe abandonar el domicilio.

Respecto a la negativa a que un tercero acceda a la morada, no es necesario que se ponga de manifiesto de manera expresa, pues como recuerda la STS nº 64/2013, de 29 de enero, *el delito de allanamiento de morada que se caracteriza por el hecho de entrar en casa ajena o permanecer en ella, siempre que se verifique contra la libre voluntad del que la ocupa, condición que no es menester se haya puesto de relieve de una manera expresa y directa, bastando que lógica y racionalmente pueda deducirse de las circunstancias del hecho ...*”.

Es un delito de consumación instantánea y permanente, pues el delito se seguirá cometiendo durante todo el tiempo que el sujeto se mantenga en el domicilio en contra de la voluntad del morador.

Se comete de manera activa, pero es plausible plantear supuestos de omisión en la modalidad típica de permanecer en el domicilio en contra de la voluntad del morador.

Ej. Manuel permite a Jaime la entrada en su casa, pero tras una discusión le dice que se vaya, pero Jaime permanece sentado durante varias horas hasta que llega la policía.

e) Elemento subjetivo

Se castiga la comisión dolosa de este delito, no la imprudente. El dolo debe abarcar el conocimiento de que el inmueble al que se accede es un domicilio y que no se ha obtenido la autorización previa para acceder. O en caso de que se

haya obtenido y el morador revoque el consentimiento, el autor debe saber que se le ha retirado y que la voluntad del morador es que abandone el domicilio. Por lo tanto se exige el conocimiento del tipo de inmueble (o mueble) al que se accede - morada -, la ausencia de consentimiento y la voluntad de acceder/o mantenerse en este.

La jurisprudencia ha afirmado de manera unánime que no es exigible un ánimo específico de violentar la morada, ya que basta el conocimiento y la voluntad de entrar en el ámbito de la intimidad ajena en contra de la voluntad de su morador (STS 353/2014, de 8 de mayo). La acción típica concurre siempre que se entre en la vivienda de otra persona, sin su consentimiento expreso o tácito (STS 1004/2005, de 4 de julio).

III. Allanamiento de morada. Art. 202 CP.

El artículo 202 CP castiga al *“Particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviera en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de prisión de 6 a dos años”*.

El elemento nuclear de este tipo delictivo es el objeto - morada ajena - pues es la que dota de contenido material a la acción de entrar o mantenerse en esta sin el consentimiento de su titular. Según la STC 94/1999, de 31 de mayo, domicilio es un espacio apto para desarrollar la vida privada. Según la jurisprudencia del TS (STS 1108/1999, de 6 de septiembre), el domicilio es un lugar cerrado, legítimamente ocupado, en el que transcurre la vida privada, aunque la ocupación sea temporal o accidental. Ello es importante, pues incluye como morada tanto la vivienda habitual, como las segundas residencias en donde se pase únicamente una parte del año.

En este sentido, la STC n.º 10/2002, de 17 de enero, -en similares términos, también la STC n.º 189/2004, de 2 de noviembre-, establece que: *tampoco la falta de habitualidad en el uso o disfrute impide en todo caso la calificación del espacio como domicilio [...]. En aplicación de esta genérica doctrina, hemos entendido en concreto que una vivienda es domicilio aun cuando en el momento del registro no esté habitada (STC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5) [...], resultando irrelevante su ubicación, su configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso, o, finalmente, la intensidad y periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo. En segundo lugar, si bien el efectivo desarrollo de vida privada es el factor determinante de la aptitud concreta para que el espacio en el que se desarrolla se considere domicilio, de aquí no se deriva necesariamente que dicha aptitud no pueda inferirse de algunas de estas notas, o de otras, en la medida en que representen características objetivas conforme a las cuales sea posible delimitar los espacios que, en general, pueden y suelen ser utilizados para desarrollar la vida privada.*

De la jurisprudencia constitucional citada se interpreta que morada será aquél espacio cerrado, mueble o inmueble, donde una persona desarrolle legítimamente su vida privada, sin que sea necesario que habite en el momento del ataque, pero sí que se encuentre habilitada para desarrollar, aún de un modo

eventual, su vida privada. (Vid. Instrucción 1/2020, de 15 de septiembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación para la solicitud de medidas cautelares en los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles).

La conducta típica se compone de dos verbos: entrar o permanecer contra la voluntad de su legítimo morador. En la primera, se accede con el consentimiento del titular, pero en la segunda, el acceso que se ha producido de manera consentida torna la permanencia en delictiva cuando el legítimo morador de la vivienda comunica al tercero su deseo de que abandone la vivienda y este permanece en ella.

a) Supuesto agravado

El apartado 2 del artículo 202 CP contempla un tipo agravado cuando el hecho de acceder o permanecer en la morada se realizase con violencia o intimidación. La jurisprudencia ha aplicado esta agravante a supuestos donde la fuerza se haya ejercido sobre la cosa, cuando la violencia sobre esta sea el medio material para la ejecución del allanamiento (STS 520/2017, de 6 de julio; 496/2003, de 1 de abril).

IV. [Allanamiento de domicilio de persona jurídica, despacho profesional u oficina, establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de su horario de apertura. Art. 203 CP.](#)

En este tipo de delito lo que cambia es el objeto material donde se produce la conducta típica, ya que no es una morada como tal, pero sí determinados espacios donde se desarrolla la vida societaria o profesional de una actividad concreta, la cual también requiere cierta esfera de privacidad para poder desarrollarse con plenitud. En este tipo penal, la lesión al derecho a la intimidad no resulta tan evidente, pues en los objetos materiales descritos no se desarrolla un ámbito de actividad propio excluido del acceso de terceros, por lo que se reconduce hacia la inviolabilidad de determinados inmuebles donde se desarrolla una actividad profesional o mercantil que requiere cierto grado de privacidad - exclusión del acceso de terceros - para poder desarrollarse de manera plena.

El TEDH ha incluido en el ámbito de la protección del domicilio espacios distintos de moradas y viviendas, ampliando su concepto a:

1. La oficina de un profesional²⁷.
2. Una sede de un periódico²⁸.
3. Un despacho de abogados²⁹.

²⁷ SSTEDH Niemietz c. Alemania, de 16 de diciembre de 1992, apartados 31 y 32; Buck c. Alemania, de 28 de abril de 2005, apartado 31.

²⁸ STEDH Saint-Paul Luxembourg S.A., de 18 de abril de 2013, apartados 37 y 38.

²⁹ SSTEDH Niemietz c. Alemania, de 16 de diciembre de 1992, apartados 31 y 32; Buck c. Alemania, de 28 de abril de 2005, apartado 31; Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH, de 16 de octubre de 2007, apartados 44 a 46; Leotsakos c. Grecia, de 4 de octubre de 2018, apartados 37 a 40.

4. Una notaría³⁰.
5. Un despacho de un profesor universitario³¹.
6. La sede registrada de una empresa³².
7. La sede registrada de una persona jurídica³³.
8. Sucursales y locales comerciales³⁴.

Respecto a la ampliación del derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio de la persona jurídica, como aprecia RODRÍGUEZ – RAMOS LADARIA , *el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio es extensivo a las personas jurídicas³⁵, si bien no existe una plena correlación entre el concepto legal de domicilio de las personas jurídicas establecido por la legislación mercantil, con el del domicilio constitucionalmente protegido, ya que éste es un concepto “de mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico administrativo”³⁶.*

La referencia al acceso o permanencia fuera de las horas de apertura tiene incidencia solo respecto a los locales, oficinas o despachos profesionales que tengan un horario para atender al público, pues este habilita la entrada en el mismo bajo el presupuesto de que está permitido.

En el artículo 203.2 CP se castiga de manera agravada la utilización de violencia o intimidación para realizar la conducta típica.

V. Allanamiento cometido por autoridad o funcionario público. 204 CP

El artículo 204 CP castiga de manera agravada el allanamiento de morada, domicilio social, despacho profesional, establecimiento mercantil o local, cuando lo lleva a cabo una autoridad o funcionario público fuera de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa por delito.

Se ha de tener en cuenta que existen casos permitidos en los que una autoridad o funcionario público puede acceder a la morada de una persona sin su consentimiento. Por ejemplo, en el supuesto en el que un juez dicte una resolución judicial motivada que autorice la entrada y registro en una morada o domicilio que sea necesario para llevar a cabo una investigación y sea proporcionado con la limitación de derechos que conlleva (Vid. regulación art. 550 y ss. LECrim). Asimismo, el artículo 553 LECrim regula la posibilidad de que

³⁰ STEDH Popovi c. Bulgaria, de 9 de junio de 2016, apartado 101 y 103.

³¹ Decisión TEDH Steeg c. Alemania, de 3 de junio de 2008.

³² SSTEDH Stes Colas y otros c. Francia, de 16 de abril de 2002, apartado 40.; Buck c. Alemania, de 28 de abril de 2005, apartado 31.

³³ SSTEDH Buck c. Alemania, de 28 de abril de 2005, apartado 31.

³⁴ SSTEDH Stes Colas y otros c. Francia, de 16 de abril de 2002, apartado 40; Buck c. Alemania, de 28 de abril de 2005, apartado 31; Erduran and Em Export Dış Tic. A.Ş. c. Turquía, de 20 de noviembre de 2018, apartado 78.

³⁵ SSTC 22/2003, de 10 de febrero, FJ 2; 54/2015, de 16 de marzo, FJ 5.

³⁶ SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 2; 160/1991, de 16 de julio, FJ 8, y 50/1995, de 23 de febrero, FJ 5, entre otras

los agentes de policía accedan a domicilio en caso de comisión de flagrantes delitos y por razones de urgencia, o cuando personas sorprendidas cometiendo un delito se refugien en algún domicilio.

*La constancia de que "media causa por delito" no puede sostenerse en una mera sospecha que habilite a vulnerar el derecho constitucional de la inviolabilidad del domicilio. Como recuerda la STS 590/2020 de 11 noviembre (resuelve un caso donde la policía tenía sospechas que en un domicilio había drogas y accede al mismo, encontrado droga): En el caso, y según afirma el recurrente, no existía otra cosa que unas **meras sospechas acerca** de la posible dedicación del perjudicado al tráfico de drogas. No existían diligencias abiertas, ni órdenes superiores, ni datos acreditados que justificaran la investigación. No se habían incoado diligencias, que no se inician por hechos conocidos con anterioridad, sino solo tras la actuación ilegal de los recurrentes. Ni siquiera es posible conocer el nivel o la seriedad de las sospechas cuya existencia se afirma. **No se puede aceptar que media causa por delito por el simple hecho de que los agentes afirmen que "tenían sospechas" de que el titular del domicilio o el detenido estaba cometiendo un delito.** Es posible apreciar esa circunstancia en casos en los que las diligencias se inician como consecuencia de la actuación policial, y no antes, pero, en todo caso, **debe acreditarse que las sospechas tienen una mínima consistencia que, al menos desde perspectivas razonables, aunque sean discutibles, podrían autorizar la actuación policial.** Tampoco es aplicable cuando, careciendo de elementos que sustenten la sospecha y sabiendo que se ejecuta una conducta ilegítima, se consigue a través de la misma un resultado (que nunca podría ser valorado) que permitiría, aparentemente, justificar una actuación policial o judicial. Pues antes de la obtención de ese dato no se disponía de elementos que permitieran esa actuación y, por lo tanto, no existía causa por delito. En esas condiciones no puede sostenerse que mediara causa por delito en la forma exigida por la ley, que requiere una mínima concreción y consistencia en las razones que justifican la averiguación policial.*

El tipo penal castiga la conducta de funcionarios o autoridades públicas actuando con abuso de derecho y sin ninguna habilitación legal que le permita acceder a un domicilio de una persona física, utilizando en muchos casos la amenaza de la autoridad de su cargo para amedrentar a los moradores.

Este tipo penal tiene relación con el artículo 534 CP, aunque en este tipo media causa por delito, pero el acceso al domicilio se realiza sin respetar las garantías constitucionales que protegen al morador.

VI. Concursos

En muchas ocasiones la comisión del delito de allanamiento de morada es el medio necesario para poder cometer el delito principal que se había preparado (*A accede por la ventana a casa de B para agredirlo sexualmente*). En estos supuestos se producirá una relación medio-fin que constituye un concurso medial entre el allanamiento y el delito cometido (STS 34/2016 de 2 de febrero; 581/2008, de 8 de octubre).

STS 700/2019, de 9 de enero de 2019, en un supuesto de allanamiento de morada y asesinato concluye que: Es precisa la doble calificación, bien que abrazada por la modalidad de concurso medial: uno de los delitos (allanamiento) se presenta como instrumental respecto del delito fin (homicidio). Por ello nos encontraríamos ante un concurso medial de delitos a resolver conforme lo dispuesto en el artículo 77.3 CP.

No obstante, se ha de tener en cuenta que existen varios tipos penales complejos que ya incluyen el allanamiento de morada en el desvalor del tipo, como sucede en el robo en casa habitada, por lo que en esos supuestos se habrá

de aplicar el concurso de normas y en virtud del artículo 8.3 CP aplicar el precepto más amplio para evitar incurrir en un *bis in idem*.

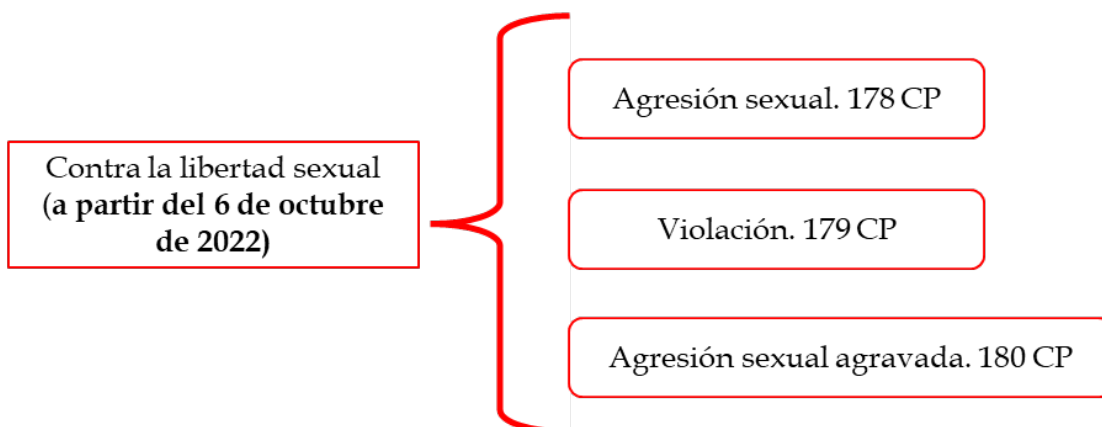
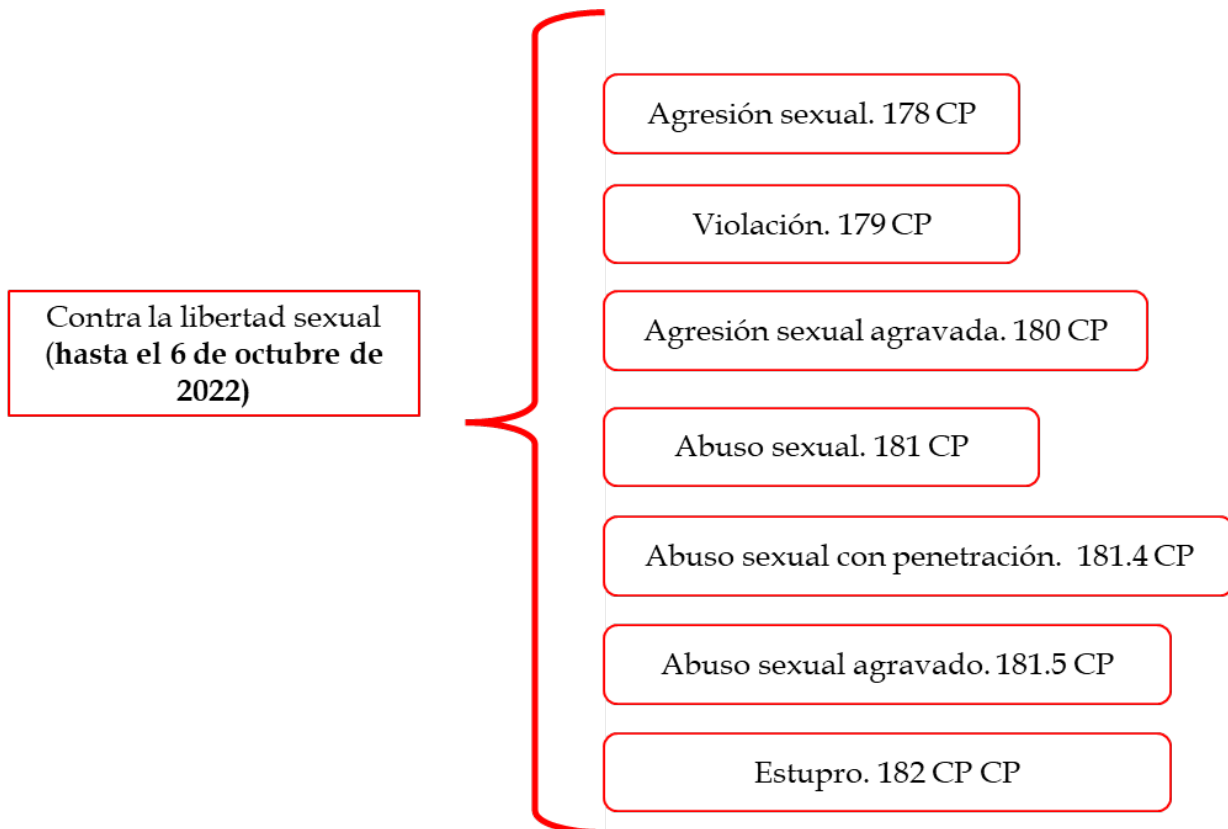
Por otro lado, en supuestos donde se haya empleado la violencia o intimidación para acceder al domicilio y esta constituya de por sí un delito autónomo (amenaza), la jurisprudencia opta, para evitar el doble gravamen de la intimidación, por castigar el delito de allanamiento de morada en su tipo básico y castigar el otro delito de manera independiente (STS 529/2017, de 6 de julio). Distinto es el caso en que la violencia se haya utilizado para acceder - derribar de una patada la puerta - y dentro se haya llevado a cabo otra conducta violenta o intimidatoria - amenazar al morador con matarle si no le confiesa un secreto -. En esos supuestos, el fundamento de la agravante violencia o intimidación es distinto y puede ser valorada en los dos supuestos (STS 529/2017, de 6 de julio).

VII. Supuestos prácticos

- 1) Rosa alquila una vivienda turística durante un fin de semana y organiza una fiesta. Ante el ruido generado los vecinos llaman a la policía. Se presenta una patrulla de la policía y pide que le abran la puerta y se identifiquen. Ante la negativa le advierten que eso es constitutivo de un delito de desobediencia. Al persistir en su negativa, tiran la puerta con un ariete y detienen a los asistentes a la fiesta.
- 2) Pedro entra una noche en casa de su vecino para curiosear. Tras un par de horas, abandona la casa sin darse cuenta que las cámaras lo han grabado.
- 3) Luis tiene una piscina privada en el jardín de su casa. Una noche de verano se despierta y ve como varias personas han saltado la valla y se están bañando debido al asfixiante calor que azota la ciudad.
- 4) Pedro llama a la policía al escuchar gritos de auxilio de un vecino. Como no llega la policía, tira la puerta de su vecino abajo y ve como hay un tercero que lo está golpeando. El tercero huye por la ventana.
- 5) Luisa entra una noche en una vivienda con intención de robar la caja fuerte. Cuando ya está dentro, salta la alarma y sale corriendo sin llevarse ningún objeto.

Delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexual

Delitos contra la libertad sexual



I. Introducción

Los delitos contra la libertad sexual han sufrido una profunda modificación operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, que entró en vigor el día 7 de octubre de 2022. Tras una larga polémica que ha politizado esta reforma, el aspecto más relevante de esta es que acaba con la diferencia tradicional que existía entre el abuso sexual – acto de naturaleza sexual no consentido, realizado sin violencia o intimidación – y agresión sexual – con violencia o intimidación –, para pasar a considerar todo acto sexual no consentido como agresión, algo que terminológicamente ya llama la atención pues nos encontramos un acto de agresión sin violencia o intimidación (ya criticado por la doctrina)³⁷.

Por otro lado, el elemento nuclear del delito no cambia, pues siempre ha gravitado sobre la ausencia del consentimiento de la víctima. Si se analizan sentencias sobre el particular, puede apreciarse cómo la valoración de este elemento representa el núcleo de la fundamentación de la condena o absolución del acusado.

No obstante, en la reforma se ha incluido un párrafo específico en el propio tipo penal de la agresión sexual (artículo 178.1 CP) para determinar la existencia o no del consentimiento. Así, puede leerse que: *Solo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona*. De este modo, se incorpora en la propia descripción típica un canon de valoración del consentimiento, lo que condicionará la carga de la prueba en el proceso penal donde deberá ser objeto de valoración qué acto concreto determinó la existencia inequívoca (o no) del consentimiento, lo que planteará graves problemas acerca de la validez de un consentimiento tácito.

En opinión de HÖRNLE³⁸: *“Sí es sí” es un buen enfoque a efectos educativos, es lo que deberíamos enseñar a la gente joven y no tan joven. Pero el derecho penal es otra cosa y creo que los requisitos deben ser menos estrictos. Si es posible la comunicación [entre el agresor y la víctima] y si la situación no está clara desde el punto de vista de un observador, se puede y se debe exigir que se manifieste el “no”. Si la comunicación no es posible o la situación es amenazante, entonces, no hay obligación de comunicar. Un requisito general de que siempre haya consentimiento explícito no es una buena solución en derecho penal*. Por otro lado, RAMÓN RIBAS/FARALDO CABANAS advierten que: *Reclamar que la voluntad sea expresa es reclamar que sea clara, que no haya dudas sobre si una persona consiente o no consiente mantener relaciones sexuales. En realidad, esto no debería ser así por imposición legal*:

³⁷ Tal y como advierte GIMBERNAT ORDEIG, E. “Solo sí es sí”. Diario el Mundo. 25 de abril de 2020. *Esta anteproyectada regulación no sólo es equivocada e injusta porque trata penológicamente igual supuestos de hecho desiguales, sino porque está en contradicción con el elemental criterio valorativo -que se entiende por sí mismo- del resto del CP que acude continuamente a la violencia y a la intimidación, en función de si concurren o no, para castigar con una pena mayor o menor la lesión de otros bienes juridicopenalmente protegidos distintos del de la libertad sexual; A favor de la reforma, vid, FARALDO CABANA, P/RAMÓN RIBAS, E. “Solo sí es sí” pero de verdad. Una réplica a Gimbernat. Estudios Penales y Criminológicos, vol. XL (2020). Pp. 21-42.*

³⁸ “Un requisito general de que siempre haya consentimiento explícito no es una buena solución en derecho penal”. Diario el País. 8 de marzo de 2020.

*nadie debería mantener dichas relaciones con otra persona (u otras personas) si alberga dudas sobre si esta (o estas) las consiente (n). Ojo: dudas no sobre si las desea, sino sobre si las consiente*³⁹.

En resumen, la reforma del código penal ha redenominado todo contacto sexual no consentido como agresión sexual⁴⁰, ha incluido expresamente en el tipo penal el modo de consentir y ha eliminado el delito de estupro fraudulento del artículo 182 CP.

Dado que nos encontraremos en un periodo de transición, donde seguro surgirá la duda si hechos cometidos con anterioridad al 7 de octubre de 2022 deben ser juzgados por el Código Penal del momento de los hechos, o por el posterior (cómo se verá, paradójicamente existen aspectos penológicos que pueden resultar beneficiosos a los delincuentes sexuales) esta lección comparará ambas regulaciones, haciendo referencia a ambas regulaciones para que se puedan interpretar en consecuencia.

II. Elementos comunes

a) Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido es la libertad sexual, entendida como la libre determinación de la persona a consentir actos de naturaleza sexual con otra persona, siempre que ambos estén de acuerdo. En un sentido más amplio, RAGUES I VALLÉS lo define como *el derecho de todo individuo a no verse inmiscuido en contextos de naturaleza sexual contra su voluntad*.

No obstante, el ordenamiento jurídico no reconoce la libertad sexual a todas las personas, al estimar que algunas deben ser protegidas hasta que alcancen la madurez sexual suficiente para tomar decisiones libres y responsables. Así, los menores de 16 años y aquellos sujetos incapaces, cuya autonomía para determinarse en el ámbito sexual se encuentra fuertemente limitada, no tienen reconocido el ejercicio libre de su autodeterminación sexual. Por lo tanto, en estos supuestos el bien jurídico muta y se identifica como **indemnidad sexual**⁴¹, al protegerse a estas personas de los actos de naturaleza sexual, aún consentidos, por lo que el bien jurídico resulta indisponible. En estos casos no se considera válido el consentimiento de un menor de 16 años o de una persona incapacitada, salvo que ambos sujetos sean próximos en edad o en grado de desarrollo y madurez física y psicológica (art. 183 bis CP).

³⁹³⁹ FARALDO CABANA, P/RAMÓN RIBAS, E. "Solo sí es sí" ... op. cit. p. 35.

⁴⁰ Y también como advierte GIMBERNAT ORDEIG, *el legislador ha abdicado de fijar taxativamente por sí mismo, y en función de las circunstancias concurrentes, la escala de gravedad de los delitos sexuales*. Diario ABC. 27 de septiembre de 2022. "Contra la nueva regulación de los delitos sexuales.

⁴¹ Sigo defendiendo que el bien jurídico es la indemnidad sexual, aunque con la modificación de la LO 10/2022, el Título VIII del libro II del Código Penal haya pasado de titularse "Delitos contra la libertad e indemnidad sexual" a "delitos contra la libertad sexual". Un menor de 16 años tiene libertad sexual, cosa distinta es que el legislador considere que por debajo de dicha edad no puede ejercerla válidamente, para preservar precisamente su indemnidad sexual en el ámbito de su desarrollo.

Como recuerda OBREGÓN GARCÍA, *la libertad e indemnidad sexuales se amparan en el Código penal fundamentalmente en un sentido negativo: no protege tanto el derecho a mantener o realizar relaciones o actividades sexuales cuanto el derecho a impedir su realización; de esta forma, por ejemplo, si dos personas libremente se besan y son obligadas a separarse, no habrá un delito contra la libertad sexual sino, en su caso, coacciones (si media violencia).*

b) Sujeto activo

Cualquier persona, tanto el hombre como la mujer.

c) Sujeto pasivo

Cualquier persona viva. En caso de ser menor de 16 años se aplicarán los tipos penales específicos.

d) Objeto material

El cuerpo de la víctima.

e) Consumación e iter criminis

Nos encontramos ante delitos de mera actividad, pues no se exige ningún resultado separado espacio - temporalmente de la acción. A pesar de ser un delito de mera actividad, la dinámica comisiva del tipo permite identificar, y castigar, la tentativa de las agresiones sexuales. Según la jurisprudencia tradicional de la agresión sexual, la tentativa comenzará con la violencia o la intimidación (amenazar con un arma, inmovilizar, etc.) aunque aún no se haya producido el contacto físico.

Ej. Juan amenaza a Marta con una navaja para que se desnude, con intención de abusar de ella. En un descuido, Marta escapa.

La consumación, en el caso de las agresiones sexuales o violaciones, tiene lugar **al producirse el contacto físico**. En los supuestos de violación, esta se consuma cuando se produce el contacto del órgano u objeto penetrante con los umbrales de la cavidad penetrada, y el traspaso, aunque sea parcial, de la misma. No hace falta que exista penetración completa o eyaculación. También se consuma cuando se obliga a una persona a realizar un acto de naturaleza sexual no deseada (como desnudarse, masturbarse o mantener relaciones sexuales con terceros).

f) Elemento subjetivo

Se requiere el dolo para castigar los delitos contra la libertad sexual. No se castiga su comisión imprudente. Junto con el dolo, es habitual identificar en la jurisprudencia histórica un elemento subjetivo específico denominado “ánimo lúbrico” o deseo de satisfacción sexual.

No obstante, la jurisprudencia reciente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha rechazado que se requiera un elemento subjetivo específico – ánimo lúbrico – para la consumación de este tipo de delitos.

STS 132/2013. *El actor en el hecho probado conoce la acción y la trascendencia de su acción, esto es el significado sexual de su conducta y la violencia en cuyo marco se ejerce. Luego obra con dolo. En el tipo de agresión no se requiere ningún otro elemento o aditamento a ese conocimiento del hecho y voluntariedad en la puesta en peligro concreta de realización del tipo penal.*

g) Delito unitario vs. delito continuado

En este tipo delictivo, es habitual encontrarse con situaciones donde el autor realiza varios actos de contenido lúbrico en un periodo de tiempo concreto y sin solución de continuidad (varios tocamientos, penetraciones, besos, etc.). En principio, y salvo la excepción que se dirá, la jurisprudencia rechaza la solución del delito continuado.

Así, nos encontramos que los actos típicos de la agresión o abuso sexual se castigarán como delitos independientes (en concurso real) o como un solo delito, cuando la repetición de los actos lúbricos se haya cometido en unidad de acción.

Sobre esta distinción y la consideración de unidad de acción, la STS de 26 de marzo de 2003, resolvió que: *la doctrina de esta sala ha considerado un delito unitario y no continuado en los supuestos de varias penetraciones por la misma o diferentes vías anatómicas cuando los hechos se producen entre los mismos sujetos activo y pasivo, ejecutándose las acciones típicas en el marco de un mismo espacio físico y temporal, sin que exista prácticamente solución de continuidad entre unas y otras, correspondiendo el conjunto de éstas a un dolo unitario, no renovado, que abarca una misma situación, y no diversas ocasiones idénticas que caracteriza la continuidad, entendiéndose que en dichas circunstancias no hay una pluralidad de acciones, sino una sola desarrollada de modo progresivo según el concepto de unidad natural de la acción. En este sentido, la STS de 15 de febrero de 1997 (RJ 1997, 837) subraya que el número de violaciones no se debe identificar con el número de penetraciones, de la misma manera que la cantidad de delitos de lesiones no depende del número de puñetazos (véanse, también, SSTS de 26 de octubre de 1996 [RJ 1996, 7880] , de 13 [RJ 1995, 8027] y 20 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 8315] , 15 de febrero de 1997, 24 de octubre [RJ 2000, 8793] y 4 de diciembre de 2000 [RJ 2000, 10176] y 6 de febrero de 2001 [RJ 2001, 1233]).*

Existen sentencias en donde se considera rota esa unidad de acción por el paso de un corto periodo de tiempo, de un par de horas entre una y otra agresión sexual. Se insiste en estas sentencias en la falta de interrupción de los actos para poder ser considerado como una unidad de acción.

En ocasiones, y como excepción a lo anunciado respecto al delito continuado, éste se aplica cuando se ha producido una agresión sexual mantenida en el tiempo, donde no se pueden concretar los actos debido al tiempo transcurrido o a la cotidianeidad de la conducta.

En este sentido, la STS de 17 de septiembre de 2004 aplica el delito continuado en *aquellos supuestos en los que la conducta agresiva se realiza contra un mismo sujeto pasivo y se reitera durante un período de tiempo de manera que se constate que ha existido una pluralidad de acciones agresivas desarrolladas en un ámbito de espacio y circunstancial semejante respecto a lo que no es posible su exacta concreción.*

No obstante, esta excepcionalidad de la aplicación del delito continuado también se viene encontrando en supuestos de agresiones sexuales múltiples entre varios sujetos con una única víctima, aunque en ocasiones la Sala Segunda del Tribunal Supremo (vid. STS 2200/2019) haya recordado que en ese caso lo procedente es penar las acciones separadas, una como autor y las demás como cooperador necesario en concurso real.

Como ejemplo de la aplicación continuada del delito de agresión sexual en caso de violación múltiple, véase STS 626/2018, de 11 de diciembre de 2018: *"nos encontramos ante la actuación conjunta de varios sujetos activos cada uno de los cuales fue autor material de una penetración sobre el mismo sujeto pasivo, con el apoyo y colaboración de los restantes. De esta forma, D.1 no solo aparece*

responsable como autor material de los actos sexuales por él ejecutados, sino que es autor por cooperación necesaria de los ejecutados por D.2 y D.3. **Se trata de una pluralidad de delitos que permite la punición del conjunto como una continuidad delictiva. En este sentido, esta Sala de forma reiterada viene afirmando, en caso de agresión múltiple, la comisión de uno o varios delitos continuados, tantos como autores concurren a la agresión múltiple** (sentencia núm. 849/2009, de 27 de julio (RJ 2009, 4615)). De esta forma, considera que en estos casos "... existe unidad de sujeto activo para cada uno de los autores, es decir, cada uno de ellos será autor único de un delito **continuado** de violación. Uno, porque intimida y otro porque accede carnalmente, ambos conjugan el verbo nuclear del tipo; ambos son autores del número 1º del art. 28 del Código Penal (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) . Tampoco sería una dificultad insuperable considerar que uno es autor y otro partícipe a título de cooperador necesario, puesto que a todos ellos considera autores el Código Penal en tal precepto, y desde luego **que lo serían a los efectos de aplicar el art. 74 que disciplina una construcción más favorable para ellos.** Luego desde esta perspectiva no existe dificultad para la aplicación del delito **continuado**

h) Delitos semipúblicos

El artículo 191 CP establece que para proceder en los delitos de agresiones y acoso sexual se precisará denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, aunque en la tendencia de privatizar al mínimo este tipo de acciones, se ha incluido la posibilidad de que se inicie el procedimiento por querrela del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en juego, por lo que existe la posibilidad de que el procedimiento se inicie y se juzgue al autor, aun con la oposición de la víctima.

En casos de que la víctima sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, basta la denuncia del Ministerio Fiscal.

Asimismo, se ha de tener en cuenta que, en contra de lo que históricamente se mantenía en el Código Penal, a partir del de 1995 se establece en el CP (art. 191.2 C.P) que el perdón del ofendido, o de su representante legal, no extinguirá la acción penal ni la responsabilidad de esta clase de delitos.

III. Agresiones sexuales

Tras la reforma operada por la LO 10/2022, todo acto de naturaleza sexual cometido sin consentimiento de la otra persona se considera agresión sexual, aglutinando de este modo en este término tanto la conducta tradicional de agresión sexual – con violencia o intimidación – como la del abuso sexual. El artículo 178.1 CP ha quedado redactado como sigue: *Será castigado con la pena de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.*

Por lo tanto, todo contacto sexual sin consentimiento pasa a ser considerado agresión. En esencia, la conducta se asemeja a lo que tradicionalmente se consideraba abuso sexual sorpresivo, que estaba tipificado en el artículo 181. 1 CP del modo siguiente: *El que, sin violencia o intimidación, y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona.* A través de este tipo se castigaban los actos lúbricos cometidos sin consentimiento, pero sin violencia o intimidación, encuadrándose

las conductas denominadas tocamientos sorprendidos, donde el autor contacta con la otra persona sin darle la oportunidad de manifestar su consentimiento o rechazo (aprovechando descuidos, aglomeraciones, etc.).

La SAP de Madrid (Sección 16), de 24 de junio de 1998, castigó como abuso sexual sorprendido a aquel que al despedirse de una mujer, cuando esta le da dos besos, súbitamente le da un beso en la boca y realiza tocamientos en sus nalgas.

La SAP de Murcia (Sección 2ª) de 16 de diciembre de 2003, condenó como autor de un abuso a un hombre que, aprovechando una visita comercial, se acercó por detrás a una mujer y le tocó los pechos y los glúteos.

La pena para este tipo de delitos era de uno a tres años de prisión. Con la reforma el marco penal se ha ampliado de uno hasta cuatro años de prisión.

¿Pero qué sucede si hay violencia, intimidación o abuso de una situación de vulnerabilidad? El artículo 178.2 CP utiliza una técnica de tipificación que solo causa confusión, pero que cada vez es más habitual en las descripciones típicas. Es la técnica del “en todo caso”. El citado artículo establece que: *A los efectos del apartado anterior, se considerará **en todo caso** agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación, abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anuladas por cualquier causa su voluntad.*

Es decir, que cuando concurren estas circunstancias se considerará agresión sexual, pero cuando no concurren y siga faltando el consentimiento válido, también se considerará agresión sexual. Entonces, ¿para qué sirve este párrafo? Más si cabe cuando, en contra de lo que podría pensarse, el arco penológico se mantiene intacto - de uno a cuatro años de prisión -, sin que se altere por el mayor desvalor acción de algunas de las conductas (violencia, intimidación, abuso de superioridad, ...).

Así, la situación actual puede resumirse del modo siguiente:

Ej. Pedro, aprovechando que Juan está distraído, le acaricia el pene con ánimo lúbrico = agresión sexual (agresión sexual 178.1 CP).

Ej. Pedro amenaza con matar a Juan con una pistola si éste no le deja que le acaricie los genitales. Juan accede presa del miedo. = agresión sexual (art. 178.2 CP).

Se puede apreciar que en este segundo párrafo, el legislador aglutina a modo de ejemplo, tanto la antigua agresión sexual - violencia o intimidación - y las modalidades del antiguo abuso sexual del artículo 181.2 y 181.3 CP. Analizaremos a continuación las distintas modalidades incluidas en el artículo 178.2 CP.

a) Violencia o intimidación

El que obligue a otro a soportar actos de naturaleza sexual, por medio de la **violencia o la intimidación**, habrá cometido una agresión sexual. La **violencia** se identifica con la aplicación de la fuerza física frente a una persona para doblegar su voluntad. La violencia, por tanto, será la fuerza **eficaz y suficiente** para vencer la voluntad de la víctima (STS 1546/2002), sin que sea necesaria la causación en

el sujeto pasivo de ningún tipo de lesión o secuela. En caso de ocasionarse lesión (que excedan de las lesiones leves – erosiones – de la propia dinámica comisiva de la penetración), provocaría la apreciación de lesiones en concurso real.

La SAP de Madrid (Sección 3ª) de 14 de marzo de 2005, recuerda que: *Así, la violación solamente consume las lesiones producidas por la violencia cuando éstas pueden ser abarcadas dentro del contenido de ilicitud que es propio del acceso carnal violento, por ejemplo leves hematomas en los muslos o lesiones en la propia zona genital, no ocasionados de modo deliberado sino como forzosa consecuencia del acceso carnal forzado. Pero cuando se infieren lesiones deliberadas y adicionales, como medio de vencer la resistencia de la víctima pero con entidad sustancial autónoma, procede sancionar ambas acciones por separado, ya que el disvalor del resultado realmente producido supera el disvalor del delito más grave (Sentencias de 3 de junio y 23 de diciembre de 1996, 10 de diciembre de 2002 y 6 de noviembre de 2003). Así ocurre en este supuesto, pues las lesiones derivadas de los golpes propinados para vencer la resistencia de la víctima no son consustanciales a la violencia típica de la agresión sexual, pero sí lo es la dislaceración vaginal descrita.*

Respecto a las lesiones psíquicas (secuelas) el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, celebrado el 10 de octubre de 2003, acordó lo siguiente: *«Las alteraciones psíquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que ordinariamente quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente por aplicación del principio de consunción del art. 8.3º del Código Penal, sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil».*

No obstante, la STS de 22 de septiembre de 2004, aclaraba que: *En delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, efectos, como el sentimiento de culpabilidad de la víctima, los trastornos adaptativos de carácter depresivo angustioso o el stres postraumático deben reputarse consecuencias extra típicas del delito contra la libertad sexual (ver, por todas, STS núm. 1590 de 13 de noviembre de 1999) [...] Cuando esos resultados superan la normal «conturbación anímica» adquiriendo una autonomía respecto al inicial delito de agresión sexual merecedor de un plus de reproche, podrá generar un delito de lesiones psíquicas en concurso ideal. No obstante, la imputación objetiva y subjetiva del hecho exigirá que la gravedad y características de la acción típica sea adecuada para producir el resultado lesivo de carácter psíquico y ello sea abarcado, cuando menos en calidad de dolo eventual, por la conciencia del sujeto que acepta voluntariamente sus consecuencias.*

La **intimidación** consiste en provocar miedo en otra persona mediante el anuncio de un mal (coincide con la amenaza). *La intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrantamiento con un mal racional y fundado (STS núm. 1583/2002, de 3 octubre).* Existe unanimidad en la existencia de intimidación en supuestos de amenaza grave de un mal que afecte a la vida, integridad física o libertad. Pero en los supuestos donde la intimidación (amenaza) afecte a otros bienes jurídicos como el patrimonio o el honor, o incluso no constituyan delito, existe más complicación para identificarlo como la intimidación típica – que exige un determinado nivel de gravedad - de la agresión sexual. Para valorar la dimensión de la fuerza, particularmente de la psicológica o moral (intimidación), hay que atender a todas las circunstancias concurrentes en el caso: de tiempo, lugar, características del sujeto activo y pasivo.

STS de 14 de septiembre de 2007, recuerda que: *La intimidación implica el uso de amenaza de un mal con entidad suficiente para eliminar su posible resistencia. La jurisprudencia de esta Sala ha señalado que la intimidación, a efectos de integrar el tipo de agresión sexual, debe*

ser seria, inmediata y grave, y si ello no se produjera, integraría el delito de abuso sexual cuando el consentimiento está ausente.

La jurisprudencia también aplica el concepto de intimidación ambiental, cuando la amenaza surge de manera implícita por el ambiente y la actitud de los autores. Sirva como ejemplo la STS 136/2006, de 8 Feb. 2007, al declarar que: *La intimidación no solamente resulta de lo declarado por las menores en el juicio oral, acerca de que se habían sentido intimidadas (dice la Sala de instancia, en palabras de una de ellas: "el miedo que sintió al advertir la presencia de un grupo de chicos mayores que ella y su amiga", junto a la frase citada, quedando "paralizada por el miedo"), sino de la objetividad que proporciona la diferencia de edad: 18 años frente a 13, que en esa franja es de una gran importancia. Del propio modo, de la situación de temor ambiental que crearon en todo el local, de modo que dominaban la situación, a modo, como lo habría hecho, una banda violenta.*

No obstante, esta valoración sobre el nivel de gravedad de la intimidación típica de la agresión sexual ha perdido relevancia, pues alcance o no dicho nivel, **con la nueva regulación siempre habrá agresión sexual si no hay consentimiento**⁴².

El sujeto pasivo ha de hacer notar su oposición a los actos de naturaleza sexual de quien pretende ejecutarlos, pero no se exige que éste lleve a cabo una resistencia violenta o heroica, pues en muchas ocasiones el miedo provoca la paralización de la víctima o la colaboración de ésta al temer por su propia vida. Tradicionalmente se entendía que existía violencia o intimidación cuando la víctima había ofrecido resistencia al autor. Esta constatación de hecho ya no se exige, pues como establece la STS 608/2007, *no es exigible ni siquiera que se resista o manifieste una actitud pasiva de no colaboración, pues incluso puede darse intimidación con la presencia de una actitud activa, cuando la conducta sexual se impone mediante actos tendentes a vencer la negativa de la víctima.*

Esa constancia del consentimiento negativo parece haberse invertido con la nueva regulación, pues lo que exige el tipo, para que el contacto sexual no sea delictivo es que el consentimiento se haya manifestado libremente mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona. Por lo tanto si la otra persona no expresa el consentimiento, ni hace ningún gesto que lo exteriorice, tal y como está redactado el precepto, no existiría consentimiento, aunque seguro se plantean supuestos de consentimiento tácito sin una exteriorización previa clara.

Ej. Manuel está convencido que Carmela quiere besarle, pero como es muy tímida no le dice ni hace nada. Manuel se acerca y besa a Carmela. Esta no hace nada y al terminar le dice que ella no quería que la besara.

Se ha de tener en cuenta que la intimidación y la violencia han de ser el medio para cometer el delito. Por lo que, si se cometen tras consumir el acto, no concurriría el delito de agresión sexual si ha existido consentimiento previo.

Ej. Tras mantener relaciones sexuales consentidas, María amenaza con matar a Pedro si éste se lo cuenta a su marido.

⁴² Con anterioridad, este nivel de gravedad era fundamental, pues si no se alcanzaba la conducta pasaba a ser abuso sexual, no agresión.

El acto de naturaleza sexual que se lleva a cabo (acto lúbrico) son las acciones físicas inequívocamente sexuales que se cometen con la intención de satisfacer un deseo sexual o de afectar a la libertad sexual de otra persona. Pueden adoptar distintas formas (besos, tocamientos, caricias, etc.) y deben implicar el contacto físico con una zona corporal erógena o de contenido sexual (labios, senos, glúteos, etc.). El atentado es más claro cuando el contacto o la relación a la que se ve forzada la persona afecta a la zona genital. No obstante, no es necesario que el contacto se concrete entre el autor y la víctima, también se produce la agresión sexual cuando el sujeto pasivo es obligado, contra su voluntad a establecer contacto sexual con un tercero, o realizar actos de naturaleza sexual consigo mismo.

La STS de 29 de diciembre de 2009, castigo como autor de agresión sexual a una persona que obligó a otra a desnudarse y se masturbó en su presencia. A la hora de fundamentar la conducta como agresión sexual, la Sala estimó que: *Respecto al contacto físico, el delito de agresión sexual del art. 178 se consuma atentando contra la libertad sexual de otra persona sin que se exija que el sujeto necesariamente toque o manosee a su víctima. La acción de atentar contra la libertad sexual de otro, que es exigencia típica de la agresión del art. 178 y del abuso del art. 181, sin otra diferencia que la concurrencia, en el delito de agresión, del uso de la violencia o intimidación para doblegar la oposición de la víctima, existe cuando se la somete a comportamientos sexuales no queridos por ella como también es el tener que desnudarse, y mostrar sus partes íntimas al agresor. Que la satisfacción sexual la obtenga éste tocando el cuerpo de la víctima o contemplándola desnuda mientras se masturba es indiferente para integrar para ella lo que es en ambos casos un comportamiento de indudable contenido sexual, impuesto contra su voluntad o sin su consentimiento libre, y que por lo mismo integra un verdadero atentado a su libertad sexual*

b) Abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima

El antiguo artículo 181.3 CP castigaba como abuso sexual supuestos donde el sujeto pasivo consentía llevar a cabo actos de naturaleza sexual, pero su consentimiento se encontraba viciado al haberse obtenido por una relación de superioridad (prevalimiento) del autor frente a la víctima. El prevalimiento no tenía por qué ir acompañado de una amenaza, pero sí provocar la limitación de la capacidad de autodeterminación sexual del sujeto pasivo, debido al temor, la confianza o la sumisión que la víctima mantenía respecto al sujeto activo.

Como puede observarse, esta modalidad delictiva se ha trasladado al artículo 178.2 CP, al citarse expresamente el abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima, que anule el consentimiento que ha prestado de manera viciada. Esta relación de superioridad ha de ser manifiesta, perceptible por terceros y de suficiente entidad para infundir temor en el sujeto pasivo, de tal modo que si esta posición de superioridad no existiera, la víctima no hubiese consentido realizar el acto sexual.

La STS de 24 de junio de 2004, se encargó de concretar el tipo de prevalimiento típico en la figura del abuso sexual, del modo siguiente: *Los requisitos legales que el texto establece son los siguientes: 1º) situación de superioridad, que ha de ser manifiesta, 2º) que esa situación influya, coartándola, en la libertad de la víctima, y 3º) que el agente del hecho, consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, se prevalega de la misma situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación*

sexual..... El prevalimiento es una coacción psicológica que produce que el consentimiento así prestado se encuentre viciado.

La STS de 11 de junio de 2014 condenó por varios delitos de abusos sexuales con prevalimiento a un ginecólogo que, aprovechando exploraciones médica, realizaba a sus pacientes movimientos masturbatorios.

- c) Actos sexuales realizadas en personas privadas de sentido, o de cuya situación mental se abusare o las ejecutadas sobre personas que tengan anuladas, por cualquier causa, su voluntad.

Este tipo de actos estaban calificados hasta la reforma propiciada por la LO 10/2022 como abuso sexual y se encontraban tipificados en el artículo 181.2 CP. En estos casos, donde las personas estaban privadas de sentido, lo tenían anulado por la ingesta de fármacos, o estaban aquejadas de una enfermedad mental que le impedía tomar decisiones de manera autónoma y libre, se presumía que no existía consentimiento.

Tras la reforma, el contacto sexual en estas situaciones ha pasado a calificarse como agresión sexual, ex artículo 178.2 CP. En estos casos no existe un rechazo expreso, e incluso puede existir una aceptación del contacto sexual, pero la ausencia de consentimiento válidamente obtenido lo sitúa en el ámbito delictivo, debido a la ausencia de capacidad plena del sujeto pasivo para determinar su comportamiento sexual en el momento de practicarse el acto lúbrico. En estos casos se presume, *iuris tantum*, la ausencia de consentimiento.

- ✓ Personas privadas de sentido: El sujeto pasivo no está en condiciones de consentir por falta de consciencia. Puede estar durmiendo, en coma, anestesiado, con privación de sentido provocado por consumo de alcohol o drogas, u otro tipo de fármacos (cloroformo, etc.).
- ✓ Abuso por trastorno mental: La víctima ha de padecer un trastorno mental que la incapacite para poder comprender suficientemente el significado de los actos de naturaleza sexual. Se tratan de supuestos donde se encuentre anulada la capacidad de autodeterminación sexual del sujeto pasivo. El sujeto activo debe ser consciente del trastorno de la víctima y decidir aprovecharse de esa situación.

STS de 24 de marzo de 2010: *Acerca del trastorno mental, esta Sala ha venido perfilando el supuesto normativo delimitado en el precepto, reputando trastorno mental, no sólo los procesos morbosos de naturaleza psicótica, sino cualquier patología o afección de carácter psíquico o psiquiátrico, congénita o adquirida, que anule, reduzca o debilite las capacidades intelectivas o volitivas de tal suerte que impida la expresión de un consentimiento libre y eficaz. El sujeto en suma debe carecer de las condiciones precisas para autodeterminarse sexualmente, es decir, no ha de ser capaz de conocer la significación y alcance del acto sexual que realiza.*

En la reciente sentencia nº. STS 294/2022, de 24 de marzo, el Tribunal Supremo ha advertido que el derecho a una vida sexual, y a una expectativa reproductiva en su caso, está vinculado a la dignidad de las personas y, por tanto, es también reconocible, como no podía ser de otra manera, a las personas con discapacidad. Por consiguiente, lo que se exige es de discernir si el contacto sexual mantenido por una persona con discapacidad psíquica deriva de su propia determinación o si, por el contrario, sólo encuentra explicación en la prevalencia abusiva del acusado que, conocedor de esas

limitaciones, logró hacer realidad el encuentro que le permitió satisfacer sus apetencias sexuales.

En la STS 526/2022, se estima el recurso de casación de un condenado por mantener relaciones sexuales con una persona que tenía reconocido un retraso de un 71% y se le absuelve sobre la siguiente premisa: *la voluntad del legislador de buscar un equilibrio entre dos situaciones extremas que son igualmente rechazables: que un persona con déficit cognitivo no pueda tener jamás relaciones sexuales con personas normalmente imputables, ya que de hacerlo serían responsables de un delito de abuso sexual, y que las personas responsables no puedan aprovecharse impunemente de la singularidad psíquica de la víctima con olvido de la protección que tales personas merecen para que puedan ejercer su actividad sexual con un profundo respeto a su personalidad (STS 344/2005, de 18 de marzo (RJ 2005, 7474)).*

En la evaluación de esta dicotomía hemos dicho que contar con una madurez sexual básica no significa que se desconozca el alcance sexual de los actos. Para la validez del consentimiento sexual la ley penal no exige de un profundo conocimiento de la sexualidad, sino de un conocimiento básico (STS 542/2007, de 11 de junio (RJ 2007, 3797)). Y resulta evidente también que, en una sociedad libre y respetuosa con los derechos del individuo, la sexualidad de cada sujeto no tiene que estar regida por determinados estándares morales vinculados a aspectos como el amor, la descendencia o la monogamia, por referencia a los más habituales, sino que cada sujeto conduce tal faceta de su personalidad de un modo soberano en el ejercicio de su autodeterminación sexual. Aplicada la indicada doctrina a este supuesto, no puede eludirse que el relato de hechos probados no refleja que Trinidad carezca plenamente de una capacidad de decisión sexual

- ✓ Anulación de la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto: En esta ocasión, la víctima no pierde la conciencia, pero se consigue modular su voluntad a través de la ingesta de determinadas sustancias que se hace beber a la víctima (normalmente sin su conocimiento) para desinhibirla con el fin de mantener relaciones sexuales.

IV. Violación

El artículo 179 CP castiga de un modo agravado la agresión sexual que consista en *el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías.*

Dentro del propio artículo existen dos conductas diferenciadas, que son constitutivas de violación:

1ª Acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal: Según la jurisprudencia consolidada, esto se ha de entender como la introducción del miembro viril masculino en la vagina, el ano o la boca de un tercero. El delito se considera consumado desde que existe contacto del miembro viril con la zona vestibular, o cuando el pene atraviesa los labios de la víctima. No se exige la introducción completa ni la eyaculación, para considerar consumado este delito.

La STS de 31 de enero de 2005, respecto a la consumación del delito, recuerda que: *doctrina de esta Sala se entiende que si se produce la conjunción de órganos genitales de varón y hembra aún sin traspaso de la zona vestibular femenina, el delito de violación queda consumado, esto es se produce con la penetración del pene, más o menos perfecta, en la cavidad genital femenina, sin precisarse para ello la penetración sea completa, sin que se llegue a la*

perfección fisiológica del coito, debiendo entenderse que la vía vaginal, al que con diferenciación de la bucal y anal, se refiere el texto del art. 179 CP, está constituida por la cavidad genital femenina, sin señalamiento de límites anatómicos que distingan entre las diversas zonas más o menos internas de esa cavidad y que se atenta plenamente contra la libertad sexual de la mujer y se lesiona su intimidad sexual por la sola penetración violenta de dicha cavidad, aún sin traspasar su zona vestibular.

La especialidad de esta conducta, y de la fisionomía masculina y femenina, provoca que generalmente el sujeto activo de este delito, en la modalidad expuesta, sea un varón por ser el único que cuenta con miembro viril. No obstante, se ha planteado en la doctrina y en la jurisprudencia si puede ser considerada como violación la conducta de obligar a un varón a penetrar a una mujer. Parte de la doctrina, tomando de un modo literal el término “acceso carnal” consideran que debe ser entendido únicamente como penetración del sujeto activo en el sujeto pasivo. Otro sector doctrinal considera indiferente que la penetración se realice por el sujeto activo, o el que obliga a la penetración sea el sujeto pasivo.

En el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2005 se adoptó el criterio, relativo al acceso carnal, que *es equivalente acceder carnalmente a hacerse acceder*. La STS de 13 de diciembre de 2006, se encargó de resolver una casación donde tres travestis habían obligado a un varón a dejarse hacer una felación (hacer acceder, en definitiva). El tribunal concluyó que: *En este sentido, teniendo en cuenta la ampliación del concepto efectuada legalmente, nada impide entender que, al igual que el coito o la cópula sexual es predicable de ambos intervinientes, el acceso carnal existe siempre que haya penetración del miembro viril, sea cual sea el sexo del sujeto activo y del pasivo, de manera que el delito del artículo 179 lo comete tanto quien penetra a otro por las vías señaladas como quien se hace penetrar*. Lo definitivo en estos casos sería la existencia del acceso carnal, determinado por la penetración, mediando violencia o intimidación, y resultando responsable de la agresión quien la utiliza o la aprovecha.

2^a. Introducción de miembros corporales u objetos por la vía vaginal o anal. En este supuesto se pena la conducta de introducir miembros corporales (cualquier parte del cuerpo fisionómicamente adecuada para realizarlo, salvo el pene que al usarlo se consideraría acceso carnal) o cualquier objeto por la vagina o el ano de la víctima. En el primer supuesto, (introducción en la vagina) sólo podrá ser sujeto pasivo la mujer, aunque sujeto activo pueda ser tanto el hombre como la mujer. En el segundo, podrán ser ambos, tanto sujetos pasivos como activos.

V. Modalidades agravadas

El artículo 180 CP agrava la pena de las conductas descritas en los artículos 178 CP y 179 CP cuando exista mayor desvalor acción por el modo de ejecutar el ataque a la libertad sexual (mayor peligrosidad) y cuando la víctima se encuentre especialmente protegida. Se agravará la pena de prisión de 2 a 8 años en los supuestos del artículo 178 CP y de 7 a 15 años en el del artículo 179 CP, en los siguientes supuestos:

1. *Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas*. Se agrava la agresión sexual en la que participan varias personas, cuando estas se pongan de acuerdo para llevar a cabo una agresión sexual. Esta agravante se aplica exclusivamente al autor, ya que a los cooperadores (aquellos que sujetan a la víctima, por ejemplo), se les castiga como cooperadores necesarios. Si se les aplicase la agravante por su

participación y se le castigase por ésta, se vulneraría el principio *non bis in idem*.

En este sentido la STS nº 486/2002 (RJ 2002, 5439) argumentó que "*...esta Sala ha apreciado que la estimación de esta agravación puede ser vulneradora del principio «non bis in idem» cuando en una actuación en grupo se sanciona a cada autor como responsable de su propia agresión y como cooperador necesario en las de los demás, pues en estos casos la estimación de ser autor por cooperación necesaria, se superpone exactamente sobre el subtipo de actuación en grupo, dicho de otro modo, la autoría por cooperación necesaria en estos casos exige, al menos, una dualidad de personas por lo que a tal autoría le es inherente la actuación conjunta que describe el subtipo agravado*".

En la misma línea, en la STS nº 421/2010 (RJ 2010, 5799) , recordaba que "*...es jurisprudencia de esta Sala que este subtipo agravado de ejecutar el hecho por la acción conjunta de dos o más personas solo opera cuando se está enjuiciando al autor material de la agresión sexual, que se beneficia de la acción del cooperador pero no cuando es el cooperador necesario, como es el presente caso, el que es objeto de enjuiciamiento, ya que actuando como cooperante en la medida que con su acción está facilitando que el autor material cometa el tipo penal, aquél ya está asumiendo el papel de colaborador por lo tanto no puede agravarse vía art. 180.1.2º porque se estaría valorando dos veces una misma situación con la consiguiente vulneración del non bis in idem*".

Como ya se ha expuesto, existe jurisprudencia que en las agresiones múltiples opta por castigar como delito continuado, en vez de castigar la agresión en concepto de autor del que penetra, y su posterior ayuda para que otro penetre como cooperación necesaria. Ello sucedió en el caso vulgarmente conocido como el de "La Manada". La STS 2200/2019, advirtió que: *El hecho de no haber sido condenados como cooperadores necesarios en las agresiones sexuales consumadas por los otros procesados, sino exclusivamente como autores directos en las que han sido autores materiales, aplicando la continuidad delictiva, lo que es discutible doctrinal y jurisprudencialmente en supuestos como el analizado en los que hay intercambio de roles, cuando un sujeto accede y otro intimida, para luego intercambiar sus posiciones, lo que normalmente ha sido subsumido por esta Sala en las normas concursales; no obstante, al no haber sido objeto de impugnación, el principio acusatorio impide que nos pronunciemos al respecto*. La sentencia impuesta en casación estimó el recurso de la acusación y calificó los hechos como un **delito continuado de violación** de los artículos 178 y 179 CP , con las agravaciones específicas del art. 180.1. 1ª y 2ª, apreciando la agravante de actuar conjuntamente y con un carácter especialmente vejatorio⁴³.

2. *Cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio*. En estos supuestos se castiga el acto que se cometa con un plus de degradación, ya que toda agresión sexual resulta humillante y vejatoria para la víctima. Se aprecia en supuestos

⁴³ La condena de esta sentencia es por un delito continuado de agresión sexual previsto y penado en los artículos 178 y 179, concurriendo **las circunstancias 1ª y 2ª del artículo 180.1** del Código Penal, en relación con los artículos 192 y 74 de dicho Cuerpo Legal.

donde ha existido una especial repugnancia en el acto realizado, en la violencia o la intimidación desplegada, que aumente el ataque a la dignidad de la víctima, que según la nueva redacción incluida en la reforma propiciada por la LO 10/2022, podrá ser previa a la agresión sexual o concurrente. En caso de ser precedente, se habrá de exigir la cercanía de los hechos violentos o humillantes con la agresión sexual para que pueda ser apreciada la agravante.

La STS de 19 de enero de 2006, resume esta doctrina del modo siguiente: *Es de tener en cuenta que la agravación del artículo 180.1. 1ª, no se refiere a los actos sexuales realizados, ya de por sí humillantes, vejatorios y degradantes, como decíamos, sino a la violencia o intimidación empleada en su ejecución, (STS núm. 530/2001, de 28 de marzo [RJ 2001, 2332]). Sólo será apreciable cuando la violencia o intimidación, superen con claridad los niveles propios del delito, es decir, cuando, tal como se dice en el mismo artículo, revistan un carácter «particularmente» degradante y vejatorio.*

Tal ocurrirá cuando se aprecie, al lado de la conducta descrita en el tipo de los artículos 178 y 179, una violencia o intimidación caracterizadas por una brutalidad, salvajismo o animalidad añadidos (STS de 21 de enero de 1997 [RJ 1997, 461]), o una conducta del autor que pretenda y alcance una humillación, degradación o vejación relevantes no necesarias para la ejecución del tipo objetivo, es decir, algo más de lo que es connatural a casi toda agresión sexual (STS de 14 de febrero de 1994 [RJ 1994, 727]). Como señalábamos en la STS núm. 812/2003, de 3 de junio (RJ 2003, 4290), «lo que sanciona el precepto es el plus de antijuridicidad que representa el «modus operandi» del autor cuando las concretas y específicas acciones instrumentales violentas o intimidatorias efectuadas, consideradas en su propia objetividad, hayan de calificarse como especialmente degradantes o vejatorias porque representen un cualificado menosprecio a la dignidad de la víctima. En sentido similar, la STS núm. 462/2003, de 26 de marzo (RJ 2003, 2687), la STS núm. 383/2003, de 4 de marzo (RJ 2003, 2749), STS núm. 1667/2002, de 16 de octubre (RJ 2002, 9577), entre otras».

Como ejemplo, la STS de 5 de octubre de 2015 la aplicó en un supuesto donde, tras producirse la violación, micciona encima de la víctima; la SAP de Lérida de 2 de enero de 1998, la aplicó en un supuesto de violación de la suegra anciana del autor en presencia de su mujer.

La STS 714/2017, de 30 de octubre , recuerda que hay que atender a la situación creada para aplicar esta circunstancia, incluyendo dos parámetros valorativos al respecto: "Admite la resolución recurrida, que esta agravante no solo se hace referencia al acto violento o intimidatorio aisladamente considerado, sino también a la situación creada a la que se somete a la víctima; ni solo a la clase de violencia o intimidación ejercidas, sino también a la forma en que lo han sido en relación con la denigración como mujer, en la conducta impuesta. En otras ocasiones hemos expresado que la exigencia legal de que la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio, presupone dos matices: a) que constituye un grado de violencia o intimidación superior al que pueda entenderse como necesario para vencer la negativa de las víctimas; b) que, además, dicha violencia o intimidación ha de conllevar un trato humillante, envilecedor o de innecesario maltrato o padecimiento."

3. Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad⁴⁴ por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el

⁴⁴ La actual redacción proviene de la modificación operada por la Ley Orgánica 8/2021.

artículo 181. Se aplica la agravante cuando la víctima, a causa de su especial vulnerabilidad, tiene más limitada ejercitar una firme oposición. Se suele aplicar cuando la víctima sufre una discapacidad, o se encuentra debilitada por su avanzada edad o estado de gestación. Al plantear la aplicación de esta agravante, se ha de tener en cuenta que en caso de ser menor de 16 años la víctima, se aplicarán los tipos penales específicos del artículo 181 CP.

4. *Cuando la víctima haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia*⁴⁵. Esta agravante es similar a las ya estudiadas en las lesiones o en las amenazas. El sujeto pasivo debe ser mujer y además, debe existir, o haber existido, una relación de afectividad. El sujeto activo podrá ser también mujer al ser aplicable a las relaciones homosexuales. Como ya he manifestado en páginas precedentes, en mi opinión habría sido preferente identificar al sujeto pasivo como cónyuge o pareja, para que esta circunstancia pudiera abarcar la agravante también en relaciones homosexuales entre varones. No obstante, ello plantea redefinir el fundamento de la agravante, pues no gravitaría en la mayor gravedad por la dominación masculina frente al género femenino. De hecho, el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la sentencia 667/2018, ya ha descartado que para aplicar esta agravante se exija ese especial ánimo de superioridad o dominación. Si ello no es el motivo que determina el aumento de la pena, solo queda interpretar que la mayor reprochabilidad radicará en realizar la agresión contra una persona a la que se está (o se ha estado) unido por una relación de afectividad, lo cual resulta cuestionable como fundamento único del mayor desvalor. Pero dado que esta agravante podría aplicarse en el caso de que una mujer agrediese sexualmente a su pareja, donde el fundamento agravatorio no residirá en la histórica discriminación hombre/mujer, considero que es la única explicación plausible.

5. *Cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima*⁴⁶: El fundamento de la agravante es similar al del punto 3, pero en este caso no desciende la capacidad de defensa por la vulnerabilidad de la víctima (física o mental), sino por el grado de ascendencia y la prevalencia de la superioridad (por razón de parentesco, convivencia, etc.) que se haya ejercido y limiten las posibilidades de defensa de la víctima.

⁴⁵ Agravante incluida por la Ley Orgánica 10/2022.

⁴⁶ La actual redacción proviene de la modificación operada por la Ley Orgánica 8/2021.

La STS de 22 de diciembre de 2006 concreta la relación de superioridad en la existencia de los siguientes requisitos: *primero, que exista una situación relacional que fije una preeminencia del sujeto activo sobre el pasivo; segundo, que ésta sea situación de superioridad sea "manifiesta", es decir, evidente, clara y percible objetivamente, sin que valga como tal la mera percepción subjetiva por una de las partes; tercero que esa relación haya coartado la libertad de la víctima hasta el punto de poder afirmarse que el consentimiento no se hubiese otorgado sino hubiese existido la superioridad; y finalmente y desde el tipo subjetivo, es preciso que el sujeto activo perciba la situación de superioridad y la utilice, esto es, que sea eficaz teniendo relevancia suficiente en el caso concreto para coartar o condicionar la libertad de elección de la persona sobre quien se ejerce.*

La STS de 26 de junio de 2000 en relación con la agravante por parentesco, recordaba que: *La aplicación del tipo agravado de parentesco presenta una estructura típica semejante con la circunstancia de agravación de parentesco del art. 23 del Código Penal. El tipo agravado requiere para su aplicación la relación parental descrita en el precepto, el conocimiento de su existencia y que el autor se aproveche de esa relación para la comisión de la agresión sexual con mayor facilidad derivada de la transgresión del principio de confianza propio de la relación parental. Estos presupuestos son semejantes a los requeridos para la aplicación de la circunstancia mixta de parentesco respecto a la que hemos declarado que, si bien opera como agravante en los delitos contra las personas, no será de aplicación cuando el hecho cometido sea ajeno a la relación parental, es decir, si la realización del hecho punible fuera ajeno a los lazos familiares u obedeció a razones extrañas al orden parental, lo que también ocurrirá en los supuestos de distanciamiento, de enemistad, o por cualquier razón que haga ajeno al hecho punible la relación parental o cuando el hecho haya sido provocado por la víctima.*

6. *Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 194 bis CP. Se agrava por la mayor peligrosidad en el uso de la violencia física (no de la intimidación), al hacer uso de armas o instrumentos (navajas, barras de hierro, pistola, etc...) que pongan en peligro concreto la vida o la salud. No bastaría con la mera exhibición del instrumento, sino que es necesario que se utilice en el iter criminal.*

La STS de 23 de marzo de 1999 aclaraba que: *La experiencia judicial nos enseña que en la inmensa mayoría de agresiones sexuales mediante intimidación, el medio empleado por el autor del hecho para quebrar la voluntad de la víctima y someterla a sus deseos no es otro que la amenaza contra la vida o la integridad corporal de aquélla, utilizándose a tal fin instrumentos como navajas, cuchillos, punzones y un sinfín de objetos perfectamente aptos para causar la muerte o lesiones graves. Este «modus operandi» puede considerarse como «standar» por su frecuencia, y en tal condición, esta clase de ilícitos, en general, estarían comprendidos en el tipo básico del atentado con intimidación contra la libertad sexual que contempla el art. 178 CP, precisamente por ser el modo más habitual de intimidación en esta clase de ilícitos. Es cierto que el núm. 5 del art. 180 CP excita la pena a aplicar «cuando el autor haga uso de medios especialmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o cualquiera de las lesiones...», lo que obliga a plantearnos la duda de si la aplicación indiscriminada de este precepto no llevaría a pervertir la voluntad del legislador elevando a la categoría de regla general lo que se contempló por la «mens legislatoris» como una excepción.*

Porque, en realidad, el art. 180.5 CP no castiga el ataque a la libertad sexual, sino el riesgo contra la incolumidad física que supone el uso de medios especialmente peligrosos, como el propio Ministerio Fiscal admite en defensa de su tesis. Siendo ello así, el factor relevante para la aplicación de este precepto no lo sería «el instrumento», sino «el

uso» que el sujeto haga del mismo, de tal manera que la mera presencia del instrumento no integraría el subtipo agravado, si no se hace un uso de aquel que pueda poner en riesgo la integridad física del sujeto pasivo. Por consiguiente, si como sostiene el Ministerio Público -y comparte esta Sala- el bien jurídico protegido por el precepto es la vida y la salud corporal de la víctima de una agresión sexual, parece razonable aceptar que el apartado 5º del art. 180 CP lo haya establecido el legislador para los supuestos en los que el ataque sexual se ejecuta no con el empleo de intimidación, sino con el uso de violencia con medios «especialmente peligrosos», siendo esta interpretación acorde con la redacción del precepto que en su inciso final nos habla de «la muerte o lesiones causadas».

No parece ociosa otra reflexión: si el empleo de un arma blanca, u otro instrumento especialmente peligroso, tiene por objeto intimidar mediante su sola exhibición a la víctima, sin posterior utilización generadora de riesgos para la vida o la incolumidad del así intimidado, la agravación penológica del art. 180.5º CP podría suponer un caso de doble incriminación cuando éste haya sido el medio de intimidar a la víctima.

7. Cuando para la comisión de estos hechos el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier sustancia natural o química idónea a tal efecto⁴⁷. Esta circunstancia se ha incorporado al Código Penal en la reforma propiciada por la LO 10/2022, debido al aumento de casos identificados como sumisión química, donde el autor droga de un modo subrepticio a la víctima, y una vez que consigue anular su voluntad la utiliza para satisfacer sus fines sexuales. Esta agravante puede generar confusión con los casos de agresión sexual del artículo 178.2 CP donde el autor realiza el hecho frente a una víctima “que tenga anulada por cualquier causa su voluntad”. No obstante existe una sutil diferencia, pues la agravante no se aplicará si el autor ya se encuentra a la víctima en esa situación (ya sea porque se la ha autoprovocado la persona o un tercero) y se aprovecha de esta, sino cuando el autor es el que realiza el acto previo de suministrar el fármaco o la droga, para con posterioridad poder realizar actos de contenido sexual con un consentimiento viciado. De este modo, se castiga el mayor desvalor acción del que droga a otro para posteriormente agredirlo sexualmente.
8. Sobre cualificación: Si concurrieren dos o más circunstancias contempladas en el artículo 180.1 CP, se impondrá la pena en su mitad superior.

En el supuesto que el autor se hubiere prevalido de su condición de autoridad, agente o funcionario para llevar a cabo su conducta, se le impondrá también la pena de inhabilitación absoluta.

⁴⁷ Circunstancia agravante introducida por la reforma del Código Penal operada por la LO 10/2022.

VI. Tipo atenuado potestativo

La reforma del Código Penal propiciada por la LO 10/2022, como hemos visto ha fusionado las antiguas conductas de abusos y agresión sexual, en un único concepto de agresión sexual. Con independencia de lo acertada o desacertada de la medida, lo que resulta innegable es que existirán conductas calificadas como “agresión sexual” de escasa gravedad (conocidos hasta el momento como abusos sexuales sorprendidos).

Ej. Un tocamiento sorprendente en una zona de contenido sexual; Un beso en los labios en un descuido, etc.

Ello ha provocado que el legislador incluya en el apartado 3 del artículo 178 CP, la posibilidad de que el tribunal, razonándolo en sentencia, imponga la pena de prisión en la mitad inferior o castigue con una multa las agresiones sexuales, *en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable*, siempre que no concurra alguna circunstancia agravante del artículo 180 CP.

Por ello, será previsible que en un futuro nos encontremos con sentencias por delitos de agresión sexual a penas de multa. Ello, que es una consecuencia lógica de la nueva reconfiguración de este tipo de delitos, esperamos no sea utilizado por la prensa o colectivos políticos para poner como ejemplo la benignidad de las penas en nuestro Código Penal e iniciar una nueva campaña para aumentarlas, sin explicar que ello sucede porque se refundieron en un mismo delito conductas de una gravedad extrema y otras de muy poca gravedad.

VII. Supuestos prácticos

- 1) Juan pasa al lado de María y le propone mantener relaciones sexuales. María se niega y Juan se va.
- 2) Pedro, Marcos y Lucas se encuentran con Rosa en su casa. En un momento determinado agarran a Rosa y le advierten que tiene que mantener relaciones sexuales con los tres porque si no le van a hacer daño. Rosa, ante el temor de ser agredida, accede y mantiene relaciones sexuales con penetración con los tres.
- 3) Carlos asalta a Margarita una noche. La lleva por la fuerza a un descampado y le advierte que si grita o se escapa la matará. Cuando Carlos se ha bajado los pantalones con evidente ánimo lúbrico, Margarita escapa corriendo.
- 4) Manuel, una noche en una discoteca inicia una conversación con Cristina. Al despedirse, Cristina se acerca a darle dos besos y este vuelve la cara y consigue darle un beso en la boca. Cristina se enfada y se va del lugar.

- 5) Juan exhibe una navaja a Carla y le pide mantener relaciones sexuales. Carla, ante el temor de la navaja, accede.
- 6) María, aprovechando que Pedro se ha quedado dormido en el sofá tras una fiesta, y que ha ingerido gran cantidad de alcohol, le quita la ropa y comienza a acariciarle por zonas erógenas. Pedro se despierta y se marcha de la casa.
- 7) Juan vierte burundanga en un vaso del que bebe Laura, con la intención de anular su voluntad y mantener con ella relaciones sexuales. Tras ingerir la bebida, Laura comienza a encontrarse mal y se va a casa en taxi, sin que Juan tenga ningún contacto con ella.
- 8) Jesús y Juan tienen una relación de afectividad sin convivencia. Una noche, Jesús llega muy enfadado a casa y fuerza a Juan a mantener relaciones sexuales. En concreto, amenaza con matarle mostrándole una pistola si no le deja hacerle una felación. Ante el temor, Juan accede y permite que su miembro viril sea introducido en la boca de Jesús.
- 9) María quiere mantener relaciones sexuales con Pedro. Éste no le hace caso, por lo que una noche vierte en su copa un fármaco para anular su voluntad. Cuando lo consigue, convence a Pedro para acompañarla a su casa y allí mantienen relaciones sexuales con penetración en tres ocasiones.

Delitos contra la indemnidad sexual

Contra la indemnidad sexual. (menores 16 años)
Hasta el 6 de octubre de 2022

Abuso sexual . 183.1

Agresión sexual. 183.2

Violación. 183.3

Tipo agravado 183.4

Corrupción de menores
183. bis

Corrupción de menores
183. ter

Consentimiento 183.quqter

Contra la indemnidad sexual. (menores 16 años)
Hasta el 6 de octubre de 2022

Actos de carácter sexual .
181.1 CP

Agresión sexual. 181.2 CP

Actos/ Agresión sexual con
penetración 181.3 CP

Tipo agravado 181.4 CP

Corrupción de menores 182 CP

Corrupción de menores internet 183. ter

Consentimiento 183.bis CP

I. Delitos contra la indemnidad sexual (menores de 16 años)

La Ley Orgánica 1/2015 optó por elevar la edad de consentimiento sexual a 16 años, por lo que el consentimiento prestado por un menor de 16 no se considera válido para eliminar la antijuridicidad del hecho, protegiéndose en este caso la indemnidad sexual por encima de la libertad sexual de los menores. La Exposición de Motivos de la LO 1/2015 justificaba esta modificación del modo siguiente: *Como novedad más importante, se eleva la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años. La Directiva (2011/93/UE) define “la edad de consentimiento sexual” como “la edad por debajo de la cual, de conformidad con el derecho nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor. En la actualidad, la edad prevista en el Código Penal era de trece años, y resultaba muy inferior a las de los restantes países europeos – donde la edad mínima se sitúa en torno a los quince o dieciséis años – y una de las más bajas del mundo. Por ello, el Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño sugirió una reforma del Código penal español para elevar la edad del consentimiento sexual, adecuándose a las disposiciones de la Convención sobre los derechos de la Infancia, y así mejorar la protección que España ofrece a los menores, sobre todo en la lucha contra la prostitución infantil.*

De este modo, la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor de edad por edad y grado de desarrollo o madurez.

La reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 10/2022, como veremos, ha refundido en un mismo concepto de “agresión sexual” las distintas conductas de contenido sexual que se cometan contra los menores de 16 años.

II. Elementos típicos

a) Bien jurídico protegido

Los bienes jurídicos se identifican como la indemnidad y la libertad sexual del menor, el cual no debe ser perturbado por agentes externos en su desarrollo sexual. Este bien jurídico no resulta disponible, pues el consentimiento del menor no elimina la antijuridicidad de la acción (salvo cuando el autor sea persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica, y no concurren las circunstancias del artículo 178.2 CP, de conformidad con el artículo 183. bis C.P).

b) Sujeto activo

Cualquier persona, incluidos los menores.

c) Sujeto pasivo

El menor de 16 años.

d) Objeto material

El propio sujeto pasivo.

e) Elemento subjetivo

Estos delitos han de cometerse de modo doloso, donde el conocimiento debe abarcar la edad del sujeto pasivo y la ilicitud de la conducta. En este tipo de delito suele llegar a plantearse tanto el error de hecho como el error de prohibición (en sus distintas versiones, vencible o invencible).

Error del tipo: María conoce a Juan en una discoteca a las tres de la mañana. María tiene 21 años y Juan 15 años. No obstante, Juan es de gran envergadura y dice a María que tiene 18 años. Esa misma noche, ambos mantienen relaciones sexuales.

Error de prohibición: Urtiel, ciudadano senegalés de 32 años, se enamora de Rocío, de 14 años. Como los padres de Rocío no aprueban la relación, ésta se escapa con Urtiel, quien está convencido que como Rocío está de acuerdo en ser su novia, no comete delito alguno.

II. Agresión sexual a menores de 16 años.

Tras la reforma del Código Penal, propiciada por Ley Orgánica 10/2022, se ha modificado el título del capítulo II del Título VIII, restringiendo su descripción a “De las agresiones sexuales a menores de 16 años”. No obstante, veremos que en el artículo 181 CP se engloban las conductas típicas tradicionales que afectan a su indemnidad sexual:

- Contacto sexual con un menor de 16 años con consentimiento de este, pero inválido para el Derecho, ya que el artículo 181 CP castiga al que realizare actos de carácter sexual con un menor de 16 años. En estos casos, a pesar de ser calificado como “agresión sexual” no se identifica ninguna circunstancia concurrente de la agresión, sino un contacto sexual prohibido *ex lege* al considerarse que el consentimiento sexual de un menor no es válido (pena de 2 a 6 años de prisión).

Ej. Pedro de 25 años mantiene relaciones sexuales con su novia Carlota, de 14 años. Carlota consiente, aunque tal consentimiento no sea válido para el derecho.

- Contacto sexual constitutivo de alguna modalidad de agresión sexual del artículo 178 CP (pena de 5 a 10 años de prisión). Es decir:

- o O sin consentimiento del menor.

Ej. Pedro, de 18 años, realiza tocamientos sexuales sorprendidos a Carlota, de 15 años, sin su consentimiento.

- o O sin consentimiento + con violencia o intimidación.

Ej. Pedro, de 18 años, amenaza con matar a Carlota, de 14 años, si no accede a sus deseos sexuales. Presa del pánico Carlota accede.

Ej. Pedro, de 18 años, ataca a Carlota de 14 años en su portal, y ejerciendo su fuerza física consigue inmovilizarla y realizar actos de naturaleza sexual.

- o O sin consentimiento + abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima;

Ej. Pedro, de 25 años es el monitor de natación de Carlota, de 10 años. Aprovechando su situación de superioridad obliga a Carlota a realizarle tocamientos en sus genitales.

- O cuando los hechos se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare o los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.

Ej. Pedro, de 18 años, se encuentra en una fiesta a Carlota durmiendo en una cama, dada su alta ingesta de alcohol y drogas. Pedro, consciente de ello y de que Carlota tiene 15 años, aprovecha para realizarle actos de contenido sexual.

Se ha de tener en cuenta, que el artículo 181.1 CP advierte expresamente que *a estos efectos se consideran incluidos en los actos de carácter sexual los que realice el menor con un tercero o sobre sí mismo a instancias del autor* (algo que recordemos ya se había incluido como conducta típica en las agresiones sexuales realizadas sobre mayores de edad vía interpretación judicial). Así, cualquier acto que afecte a la indemnidad sexual del menor de 16 años, ya sea el realizado con el propio autor, con otros menores o sobre sí mismo, y se haya realizado a instancias del mayor de edad (con o sin violencia o intimidación) será considerado también un acto de agresión sexual.

De conformidad con el artículo 181.4 CP, cuando el acto sexual consista en *acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por algunas de las dos primeras vías*, se castigará con la pena de 6 a 12 años de prisión cuando se cometa con consentimiento del menor (apartado 1 del artículo 178 CP), o de 10 a 15 años de prisión en los supuestos del apartado segundo del artículo 180 CP.

III. Supuestos agravados

El artículo 181.4 CP contempla supuestos agravados cuando aumente el desvalor acción y el desvalor resultado de los tipos específicos. La mayoría coinciden con los tipos agravados ya estudiados en el artículo 180 CP (agresiones sexuales a mayores de 16 años), por lo que solo nos detendremos en aquellos que difieren de los ya analizados.

- a) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.
- b) Cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.
- c) Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia y, **en todo caso, cuando sea menor de cuatro años**: Tenemos que tener en cuenta que estas agravantes se han diseñado para que se apliquen a conductas realizadas sobre menores de 16 años, por lo que este mero hecho no puede interpretarse como un supuesto de especial vulnerabilidad, sino que habrá de analizarse las características concretas del menor para ver si concurre ese plus de debilidad. En este sentido, el legislador se ha encargado de

especificar que esta agravante será aplicada siempre que la víctima sea menor de 4 años, al ser de por sí una persona especialmente vulnerable.

- d) Cuando la víctima sea o haya sido pareja del autor, aún sin convivencia.
- e) Cuando para la ejecución del delito, se hubiese prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, o ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines con la víctima.
- f) Cuando el responsable haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 194 bis.
- g) Cuando para la comisión de estos hechos el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándoles fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.
- h) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades: Este circunstancia agravante (que ya se ha analizado en otros apartados) aumenta el desvalor acción por la mayor peligrosidad de la conducta cuando se realiza de manera concertada por una organización o grupo criminal.

IV. Supuesto atenuado

Tal y como sucedía en la regulación de la agresión sexual de los mayores de edad, se inserta un segundo párrafo en el artículo 181.2 CP que plantea una atenuación potestativa de un grado, en atención a la menor entidad del hecho valorando todas las circunstancias concurrentes, incluyendo las circunstancias personales del culpable.

V. Hacer presenciar a un menor de 16 años actos de carácter sexual

El artículo 182 CP modifica el tenor del antiguo artículo 183 bis CP⁴⁸, que castigaba al que *con fines sexuales, determine a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, o le haga presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos*. En el nuevo artículo 182 CP solo se castiga el hacer presenciar a un menor de 16 años actos de naturaleza sexual, pues la participación del menor con un tercero o sobre sí mismo se castiga expresamente en el artículo 181.1 (segundo párrafo).

El “hacer presenciar” no debe ser interpretado únicamente con la ejecución de medios coactivos o amenazantes contra el menor para que lo presencie, sino que también incluirá la interpretación que se dio al verbo típico que se utilizaba tradicionalmente – determinar – como forma genérica de *hacer que alguien decida algo*. Por lo tanto, la influencia del mayor sobre el menor de 16 años puede ser

⁴⁸ En virtud de la reforma propiciada por la LO 10/2022.

ejercida típicamente para conseguir que éste presencie determinadas conductas de contenido sexual que el legislador considera que no debería visualizar a su edad. Parece claro que en estos casos, el bien jurídico que se identifica es la indemnidad sexual del menor de 16, no su libertad sexual.

El tipo especifica en su segundo párrafo que si los actos de carácter sexual que hacen presenciar al menor de 16 años constituyera delito contra la libertad sexual, la pena será de prisión de 1 a 3 años.

Se ha de tener claro que en el momento que el menor pase del papel de mero espectador a participante, se aplicará el artículo 180.1 CP.

VI. Ciberacoso sexual

La LO 5/2010 incluyó la tipificación, en el ámbito de los delitos contra la indemnidad sexual de los menores de 16 años, los actos ejecutados a través de medios tecnológicos (internet, teléfono, etc.), con la intención de concertar un encuentro de naturaleza sexual con un menor. Con la LO 1/2015, el artículo pasó al ordinal 183 ter CP e incluyó en su segundo párrafo el castigo de la conducta tendente a conseguir que un menor de 16 años remita material pornográfico realizado por el propio menor.

Con la última reforma del Código Penal propiciada por la Ley Orgánica 10/2022, el artículo se ha vuelto a reenumerar en el 183 CP, pero salvo una modificación de referencia al artículo 181 CP, el tipo permanece como se redactó en el 2015.

Así nos encontramos que el artículo 183 CP castiga al que, *a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de 16 años y proponga concertar un encuentro con el fin de cometer delitos descritos en los artículos 181 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado*

Por lo tanto, nos encontramos con un tipo penal que adelanta la barrera de protección del Derecho Penal al castigar el contacto, a través de internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información, (lo cual restringe el tipo a este modo de comunicación) con la finalidad de realizar actos sexuales (todos los contemplados en el artículo 181 CP) o de captar a menores para la producción de material pornográfico (art. 189 CP). No obstante, para que la conducta sea punible, la propuesta debe ir anudada a “actos materiales encaminados al acercamiento”, como podrían ser concertar una reunión, remitir algún tipo de fotografía, etc. Por lo tanto, la mera propuesta parece que no sería suficiente para completar todos los elementos del tipo.

La STS 916/2021 expone el fenómeno contra el que se intenta luchar y resume del modo siguiente los elementos del delito: *El término Child Grooming se refiere, por tanto, a las acciones realizadas deliberadamente con el fin de establecer una relación y un control emocional sobre un menor con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del menor.*

En cuanto a su naturaleza se trata de un supuesto en el que el derecho penal adelanta las barreras de protección, castigando la que, en realidad, es un acto preparatorio para la comisión de abusos sexuales a menores de 13 años (ahora 16 años).

Como destaca la doctrina el acto preparatorio pertenece a la fase interna y no externa o ejecutiva del delito, existiendo unanimidad en reconocer la irrelevancia penal a todo proyecto que no supere los límites de una fase interna. Ahora bien, en este caso, el legislador expresamente ha considerado que las conductas de ciberacoso sexual son un acto ejecutivo de un nuevo delito que trasciende al mero acto preparatorio, aunque participan de su naturaleza, por cuanto solo con el fin de cometer los delitos de abusos sexuales a menores de 13 años (ahora 16 años) puede entenderse típica la conducta.

La naturaleza de este delito es de peligro por cuanto se configura no atendiendo a la lesión efectiva del bien jurídico protegido, sino a un comportamiento peligroso para dicho bien.

Si estamos ante un delito de peligro abstracto puede ser discutible. En cuanto al tipo exige la existencia de un menor y la de actos materiales encaminados al acercamiento, la tesis del peligro concreto parece la acertada. Siempre que ello se lleve a cabo el delito quedaría consumado, habiendo, por el contrario, dificultades para su ejecución por tentativa, por la naturaleza del tipo de consumación anticipada.

[...] En cuanto a los elementos objetivos la ley configura un tipo mixto acumulado que exige una **pluralidad de actos**. Por una parte se requiere un contacto con un menor de 16 años, por otra proponer un encuentro, y por último, la realización de actos materiales encaminados al acercamiento.

-El contacto tiene que ser por medio tecnológico. Se destaca en la doctrina que si el menor es captado directamente y no mediante estos medios y además se comete uno de los delitos de los arts. 183 y 189 no regirá la regla concursal, sino solo el delito cometido. Por ello la exigencia de que la relación se desarrolle por medios tecnológicos parece descartar la aplicación de supuestos en los que la relación se desarrolle en el sentido real, es decir, mediante el contacto físico entre el delincuente y la víctima.

- La proposición al encuentro: ... A la vista de la propia redacción del precepto parece que la consumación en caso de concurrir los restantes elementos del tipo se produciría por la mera concertación de la cita sin que sea necesaria la aceptación de la misma y menos aun su verificación. Interpretación esta que no es compartida por parte de la doctrina al considerar que la exigencia de actos materiales encaminados al acercamiento que deben acompañar a la propuesta no pueden desvincularse de la propia propuesta, de manera que la consumación se conseguirá cuando la cita propuesta por el delincuente fuese aceptada por el menor y se inician actos encaminados a que se ejercite la misma.

-Además el tipo objetivo exige actos materiales encaminados al acercamiento. El legislador solo ha concretado en cuanto a la naturaleza del acto que tiene que ser material y no meramente formal y su finalidad encaminada al acercamiento. Estamos ante un *numerus apertus* de actos que el legislador no ha querido acotar en función de las ilimitadas formas de realizar estos actos.

Se sostiene en la doctrina la necesidad de hacer la interpretación de este requisito y determinar qué actos pueden tener tal consideración. Por un lado, los mismos actos deben ir "encaminados al acercamiento", finalidad que obliga a hacer una interpretación de los términos usados por el legislador; **la redacción del precepto, en principio, parece referirse al estrechamiento de la relación de seducción, es decir, al acercamiento del delincuente al menor, afianzando mediante tales actos materiales el efecto y confianza a la víctima, y también cabe interpretar que el acercamiento es, en realidad, el propio "encuentro"**. De aceptar la primera interpretación actos materiales como el envío de regalos que claramente tienden a fortalecer la relación que se pretende explotar integrarían el concepto exigido por el CP.

Por otro lado será preciso discernir si la exigencia de que los actos sean "materiales" implica que los mismos deban necesariamente repercutir y reflejar más allá del mundo digital. En este sentido parece decantarse la interpretación del precepto que se ha hecho por parte

de la doctrina. Ahora bien otro sector considera que si el legislador ha tomado el término material, como opuesto al espiritual conforme a la acepción de la Real Academia Española, tendrían cabida en este concepto actos digitales que no tengan repercusión física. Así considerados los actos digitales exigidos por el tipo como "encaminados al acercamiento", no se distinguirían de los actos digitales a través de los que se ha desarrollado la relación o los que se hayan realizado para formular la propuesta de encuentro, si se entiende que los actos deben ser ejecutados para que tal encuentro tenga lugar.

La infracción se cualifica si el acercamiento se obtiene mediante coacción, intimidación o engaño. Si el sujeto activo consiguiese su propósito (llevar a cabo actos constitutivos de agresión sexual o de corrupción de menores), se produce un concurso real de delitos, ya que el legislador advierte expresamente que la pena del art.183 CP se impondrá "sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos".

Así, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del día 8 de noviembre de 2017, establece que: *El delito de ciberacoso sexual infantil previsto en el artículo 183 Ter.1 del Código Penal , puede conformar un concurso real de delitos con las conductas contempladas en los artículos 183 y 189.*

El segundo apartado del artículo 183 CP castiga también a aquel que a través de medios de comunicación tecnológicos, *contacte con un menor de 16 años y realice actos con la finalidad de embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor.* En este segundo tipo, el contacto debe tener por finalidad conseguir material pornográfico - del propio menor o de otros menores - a través del engaño que se aprovecha de la inexperiencia o candor del engañado. Los actos típicos serían aquellas conversaciones - a través de internet u otro medio tecnológico - dirigidos a convencer al menor para que envíe o facilite el material pornográfico. Cuando se utiliza la violencia o la intimidación, a través de la red de internet, para conseguir fotografías y vídeos de menores realizando conductas de carácter sexual, la conducta transforma en una agresión sexual realizada a distancia, según la STS 447/2021, que trae al debate el concepto de ciber-violencia y ciber-intimidación.

La STS 447/2021 de 16 de mayo, estima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal en un supuesto en donde un mayor de edad se hizo pasar por una menor y tras conseguir fotos íntimas comenzó a amenazarle para que le enviase vídeos masturbándose, advirtiéndole que en caso contrario difundiría sus fotos y metería a sus padres en la cárcel. En primera instancia fue condenado por un delito de corrupción de menores y de ciberacoso, pero la citada sentencia estima el recurso de casación y condena al autor por la comisión de un delito de agresión sexual, utilizando el término de la ciberviolencia. Así, la citada sentencia considera que: *Los elementos diferenciales entre la ciberviolencia o la ciberintimidación respecto a la violencia o a la intimidación ejercida sobre la víctima en un escenario ofensivo de continuidad o proximidad física, no son suficientes para generar categorías normativas de intimidación distintas que impidan la subsunción de tales conductas en los tipos de agresión sexual.*

El escenario digital no altera los elementos esenciales de la conducta típica. Es más, la dimensión social de las TIC, y como desarrollaremos más adelante, al facilitar el intercambio de imágenes y vídeos de los actos de cosificación sexual, puede convertirse en un potentísimo instrumento de intimidación con un mayor impacto nocivo y duradero de lesión del bien jurídico.

[...] *El hecho de que fuera la propia niña, bajo intimidación, quien realizara los tocamientos con contenido sexual explícito sobre sus partes íntimas -y como de forma reiterada hemos afirmado,*

vid. SSTS 1397/2009 (RJ 2010, 432), 301/2016, 450/2018, 159/2019 (RJ 2019, 1507) - no afecta a la idoneidad de la acción para lesionar el bien jurídico protegido: la libertad de autodeterminación personal proyectada sobre el derecho de toda persona a decidir cuándo, cómo, con quién y a quién mostrar su cuerpo o manifestar su sexualidad o sus deseos sexuales.

Insistir que lo que el tipo prescribe, es que mediante violencia o intimidación se atente contra la libertad sexual de la víctima, lo que incluye, por tanto, en su contorno descriptivo la agresión a distancia, también la on line .

VII. La validez del consentimiento sexual de menores de 16 años. Artículo 183 bis CP.

El artículo 183 bis CP establece la excepción a la invalidez del consentimiento sexual de menores de 16 años, en supuestos en donde la diferencia de edad y desarrollo entre ambos no es muy pronunciada. Así, establece que: *Salvo en los casos en que concurra alguna circunstancia prevista en el apartado segundo del artículo 178 CP, el libre consentimiento del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo y madurez física y psicológica.*

Esta cláusula, conocida en la jurisdicción anglosajona como la excepción “Romeo y Julieta”, adolece en mi opinión de la taxatividad necesaria para no ser vulneradora del principio de seguridad jurídica.

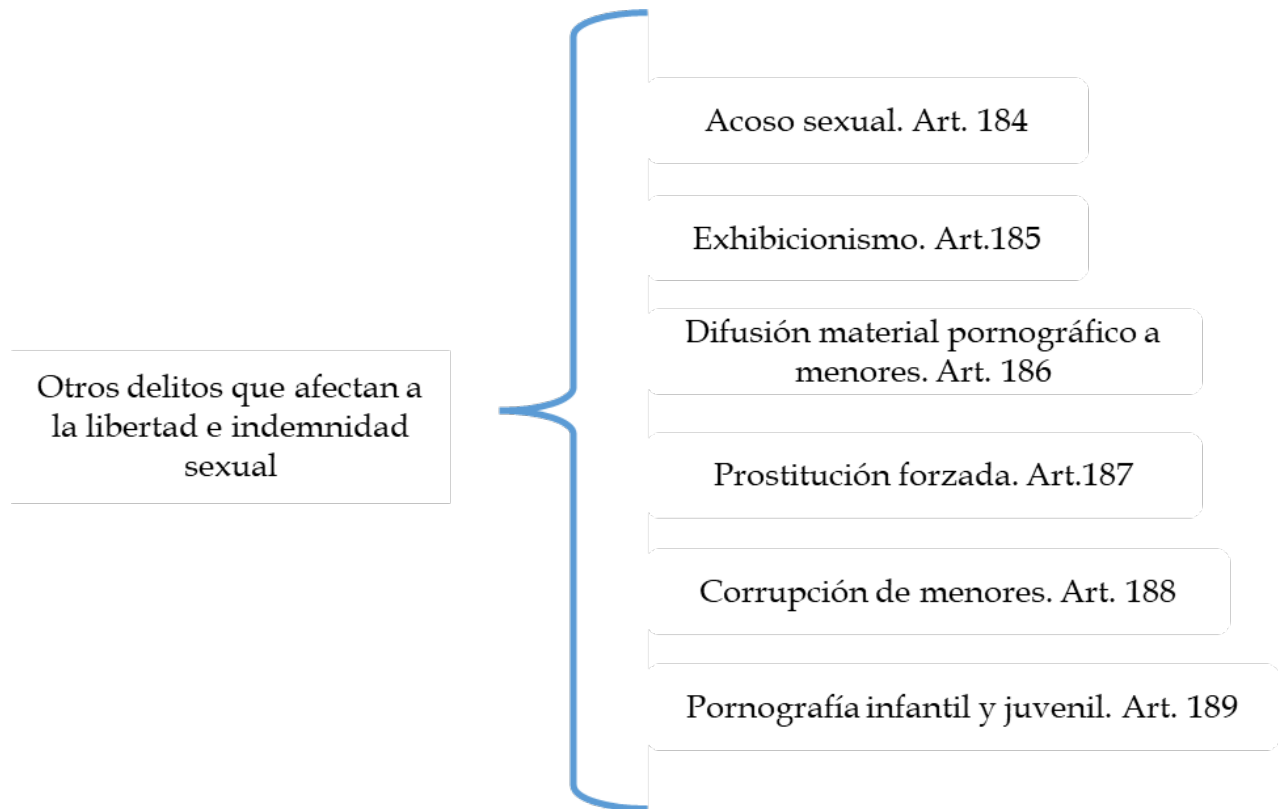
En muchos supuestos se plantea la duda del margen de edad al que se aplicará. Parece claro que será de aplicación en edades cercanas, en supuestos de una relación sexual entre un joven de 15 años y otra de 17 años, pero ¿sería aplicable entre una joven de 15 años y otro de 18 años? ¿y de 19? ¿y de 20? Más si cabe cuando se incluye un segundo parámetro valorativo que es el grado de desarrollo y madurez física y psicológica.

En este sentido, la Circular de la Fiscalía General de Estado 1/2017, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal desarrolla una serie de criterios orientativos para la actuación de los fiscales ante estos casos. Entre ellos, cabe destacar los siguientes:

3º El art. 183 quater no define franjas concretas de edad. Es posible, no obstante, fijar marcos de protección según la víctima sea impúber (en todo caso), haya alcanzado la pubertad y no sea mayor de 13 años (la exención se limitaría generalmente a autores menores de 18 años), y menores de 14 y 15 años (cuyos contactos sexuales podrían abarcar a sus iguales jóvenes).

4º Dentro de la franja de edad de los adultos jóvenes, debe precisarse entre la comprendida entre 18 y menos de 21 y la situada entre 21 y 24 años inclusive. En la última subdivisión, solo muy excepcionalmente podrá contemplarse la exclusión o la atenuación habida cuenta de la importante diferencia de edad y el alejamiento de las franjas cronológicas que, ordinariamente, resultan del derecho comparado (entre 2 y 5 años). Estos criterios deben considerarse orientadores

Otros delitos que afectan a la libertad sexual



I. Acoso sexual

a) Tipo básico

El artículo 184. 1 CP tipifica el acoso sexual, cuyo bien jurídico protegido se identifica como la indemnidad sexual⁴⁹, como el derecho de cualquier persona a

⁴⁹ No obstante, otro sector de la doctrina lo identifica como la libertad sexual, y como un delito de peligro frente a esta. Por su claridad, se cita el voto particular del Excmo. Sr. Martínez Villanueva, en su voto particular de la Sentencia del TSJ de Castilla y León de 29 de mayo de 2002: *En el delito de acoso sexual el bien jurídico lesionado es la libertad sexual, no obstante, hemos de aclarar al respecto que, mientras en otros delitos la libertad sexual resulta lesionada a través de la realización de determinados actos de objetivo contenido sexual, en el acoso simplemente se pone en peligro dicha libertad, puesto que la víctima mantiene el control absoluto de su actividad sexual, dado que la mera solicitud de favores de naturaleza sexual sólo supone un cierto grado de forzamiento sobre la libertad sexual, una presión dirigida a conseguir determinados comportamientos de la víctima, condiciona pues, en cierto modo, su libertad, pudiendo llegar a cometerse sin ser necesaria su efectiva limitación siempre que se provoque una situación gravemente hostil, e incómoda, se podría decir, que lo que se protege es, más que la libertad sexual, el simple derecho a no verse inquietado por pretensiones sexuales coactiva o abusivamente planteadas por quienes ostentan una posición superior o igual, lo que nos sitúa entonces ante un delito de mero riesgo o de peligro abstracto, motivo por lo que consideramos que*

no verse perturbado en el ámbito laboral, docente o de prestación de servicios por conductas que impliquen la solicitud de favores sexuales y causen situaciones humillantes o intimidatorias.

La conducta debe llevarse a cabo en ambientes concretos, definidos como los generados en una relación laboral, docente o de prestación de servicios o análoga⁵⁰, pero no exige una prevalencia o superioridad jerárquica del sujeto activo (como podría ser un jefe de sección respecto las personas que forman parte de su equipo o un profesor respecto de sus alumnos), por lo que cualquiera que se encuentre relacionado con dicho ambiente puede ser el sujeto activo, así como el sujeto pasivo.

La LO 10/2022 ha incluido un apartado nuevo en el artículo 184 CP, especificando la pena cuando el culpable hubiese cometido el hecho en un centro de protección o reforma de menores, centros de internamientos de personas extranjeras o cualquier otro centro de detención, custodia o acogida, incluso de estancia temporal. Ello provoca que, *de facto*, se hayan incluido nuevas relaciones típicas respecto del sujeto activo, pues este apartado pretende evitar que los guardadores, custodios o responsables de estos centros acosen a sus residentes, y no puede encuadrarse en una relación laboral, docente (quizás en algún centro de menores cuadraría) o de prestación de servicios. Es posible que la introducción del término “análoga” en el tipo penal se haya incluido para abarcar este tipo de relaciones, pero distan mucho de poder considerarse como un tipo de prestación de servicios. La relación es precisamente una situación de dependencia – continuada o temporal – de la que se aprovecha el sujeto activo.

La conducta punible consiste en solicitar, de manera explícita o implícita, favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, y con tal comportamiento causar en la víctima *una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante*. No se exigen actos físicos violentos o intimidatorios, sino una actitud explícita de requerimientos sexuales a otra persona que no desea ser molestada.

Este requisito (causar una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante) es el más complejo, tanto para su apreciación como para su interpretación, pues se podría entender que es el resultado requerido (que debería estar abarcado por el dolo) o una condición objetiva de punibilidad, que aunque no sea querida ni abarcada por el dolo del autor, se representa como necesaria para que la conducta alcance su completa dimensión jurídico penal.

El Auto nº 299/2006, de la Sección 23 de la AP de Madrid (5 de abril de 2006) se plantea esta cuestión, optando por interpretarlo como una condición objetiva de punibilidad: *Desde la dogmática penal es necesario dilucidar si la situación hostil, humillante o intimidatoria constituye el resultado típico o, por el contrario, nos encontramos ante una condición objetiva de penalidad. Esa determinación nos servirá para determinar si nos encontramos ante un delito de resultado o ante un delito de mera actividad. Las condiciones de*

este delito tiene que ser interpretado de modo muy restrictivo, pues la decisión a adoptar por los Tribunales, en este campo, no tienen término medio o se acierta plenamente al dispensar auténtica protección a la víctima o, si se dispensa injustificadamente se convierte en víctima, sobre todo moral el presunto infractor.

⁵⁰ Término incluido por la LO 10/2022.

penalidad son elementos del tipo que condicionan la imposición de la pena sin pertenecer al injusto ni a la culpabilidad. De ahí que el autor no tenga que conocer su concurrencia, luego no están abarcados por el dolo, pero debe concurrir en la imposición de la pena. Dicho en otras palabras, el autor no debe conocer que su comportamiento hacia la víctima va a generar una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante aunque esa situación debe concurrir para la declaración de hecho delictivo penado por el Código Penal. **La doctrina penal ha entendido que el delito de acoso sexual es de mera actividad. El delito se consuma con la realización de la conducta típica, esto es, con la solicitud de un favor sexual en los ámbitos descritos en el tipo, sin necesidad de que, como consecuencia de la acción, el autor busque o persiga una situación objetiva o grave de hostilidad, humillación o intimidación aunque esta situación, como condición objetiva, deberá concurrir para su punición como delito de acoso sexual.**

Otro comentario que sugiere este apartado típico es el del baremo que debemos emplear para la determinación de la objetividad y gravedad de las situaciones descritas en el tipo. El Código Penal, tras su reforma en 1999, exige un criterio objetivo al que añade que sea grave. **Ello supone que el examen de la concurrencia de la condición objetiva de punibilidad debe ser examinada desde la perspectiva de un hombre medio ajeno a la relación, que determinan, con arreglo a su visión de la conducta y de las circunstancias concurrentes, si la acción desarrollada en el seno de una relación como las que se describen objetivamente causen una situación de intimidación, hostilidad o humillación. A continuación, deberá examinar, si esa situación, ya objetivamente constada es grave. Se superponen así dos elementos valorativos teñidos de circunstancialidad. El criterio del «hombre medio» llamado a efectuar las valoraciones deberá tener en cuenta cuantas circunstancias concurren, desde el examen de la conducta ofensiva hasta el examen de las circunstancias personales de la víctima, pues no olvidemos que se trata de un delito de relación ya que el propio tipo penal los tiene en cuenta, en su apartado tercero para agravar la penalidad. El «hombre medio» deberá realizar su examen valorativo, como ocurre en otras figuras delictivas, comparando la situación descrita y producida con relación a una situación de normalidad en la relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual. Es esa constatación de la «anormalidad» de la relación producida por la ofensa de naturaleza sexual la que debe ser declarada como tal y examinada su gravedad, en función del alejamiento a la situación de normalidad.**

b) Tipo cualificado

El artículo 184.2 CP aumenta la pena cuando el sujeto activo del acoso lo haya cometido prevaliéndose de una posición de superioridad laboral, docente o jerárquica, o lo hubiese ejecutado acompañando la solicitud sexual con el anuncio, expreso o tácito, *de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación.*

Asimismo, el 184.4CP aumenta la penalidad en función de la especial situación del sujeto pasivo, cuando la *víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad o discapacidad.*

c) Responsabilidad penal de la persona jurídica

La reforma operada por la Ley Orgánica 10/2022 ha incluido este tipo de delitos entre los que provocan la responsabilidad penal de la persona jurídica, algo que resulta contraintuitivo si se conjuga con los requisitos de imputación que exige el artículo 31 bis CP. Recordemos que para que surja la responsabilidad penal de la persona jurídica, ésta debe haber obtenido, o prever obtener, un beneficio directo o indirecto con esta conducta.

Al que suscribe le resulta imposible imaginar supuestos en los que se pueda interpretar que una empresa recibe un beneficio cuando uno de sus empleados acosa sexualmente a otro, por lo que no será posible exigirles responsabilidad penal si se aplican de manera exhaustiva los criterios imputatorios del artículo 31. Bis CP, lo que lleva a concluir que este tipo de inclusiones atiende a una finalidad estética, más que efectiva.

II. Exhibicionismo y provocación sexual

Tanto el artículo 185 CP como el 186 CP se concentran en la protección de los menores de edad (en esta ocasión se aumenta a 18 años, en una evidente descoordinación legislativa en el mismo título) y de las personas con discapacidad. El bien jurídico, por tanto, sigue siendo la indemnidad sexual de los menores o incapaces.

La STS de 21 de octubre de 2009 lo sintetiza del modo siguiente: *bien jurídico -se insiste- protegido es la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores, esto es, un conglomerado de intereses y valores: La preocupación o interés porque los menores tengan un desarrollo de la personalidad libre, sin injerencias extrañas a sus intereses, un desarrollo psicológico y moral sin traumatismos y su bienestar psíquico, esto es, el derecho del menor a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada a su personalidad*

El artículo 185 CP castiga al que *ejecutase, o hiciese ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección*. La conducta ha de ser dolosa, pero la jurisprudencia no requiere la existencia de un elemento subjetivo del injusto específico, como sería atentar contra la formación o educación del menor (STS de 21 de octubre de 2009). Es suficiente con saber que hay menores que observan los actos de contenido sexual que se realizan.

La SAP de Almería de 12 de noviembre de 1999 absolvió a un adulto varón que en la calle se bajó los pantalones cortos de deporte, sin llevar nada debajo, y luego se los subió. La citada sentencia resume los elementos del delito del modo siguiente: *En tal sentido considera integrado el tipo penal por los siguientes elementos : 1º Un acto de ejecución o hacer ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena . 2º Dichos actos deben efectuarse ante menores de edad o incapaces . En su relación la sentencia del TS de 8-9- 1989 (RJ 1989\6626) considera que «mostrar los órganos genitales ante la calle, sin que conste ante quién se llevó a cabo, pues se dice, sólo genéricamente, que ante las personas que, en ese momento transitaban por la misma fue (ya), descriminalizado por LO 5/1988, de 9 junio». 3º En cuanto a la culpabilidad, el sujeto activo debe tener plena conciencia de los actos ejercitados.*

El Auto de 21 de enero de 2005 de la SAP de Tarragona (Sección 2ª) archivó el proceso que se inició por los siguientes hechos: *El día 23-9-2004 sobre las 16 horas, el denunciado, junto con otros cuatro, fue a la playa de Alforja en Cambrils, se desnudó completamente y se fue a bañar. Este hecho fue presenciado por el denunciante que estaba en el lugar, a unos 15 m, con su hija de 6 años. El denunciado, tras bañarse, salió y se puso una camiseta, vistiéndose luego antes de que viniera la Policía, que lo detuvo. La playa no era nudista. La Sala recuerda que, Los elementos constitutivos del delito del art. 185 CP son: 1) Comenzando por el elemento normativo del tipo, la realización de **actos de exhibición obscena**, y digamos, con las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de mayo 1993 (RJ 1993, 3903) y 9 de mayo de 1992 (RJ 1992, 6259) , **que el hecho de mostrar los genitales es en sí un acto obsceno, pero siempre que este se realice en el contexto adecuado y con la intención específica de la provocación sexual;** 2) Este sería su elemento subjetivo, precisándose pues que la actuación del acusado estuviera presidida por la voluntad de la provocación sexual, y no por mera imprudencia o por una actuación de trascendencia involuntaria, que convertiría en impune su actuación, en definitiva, se exige un*

ánimo lúbrico o de naturaleza sexual; y 3) Que los sujetos pasivos de la acción del imputado sean menores de edad o incapaces. La Sala archiva la causa al no apreciar ninguna intencionalidad de provocación o exhibición sexual.

Se ha de tener en cuenta la diferencias de las edades al conjugar este delito con el de agresión sexual a menores, que enfrentados a la edad de consentimiento sexual pueden provocar consecuencias incongruentes, por ilógicas, derivadas del hecho de que para estos delitos la edad típica del sujeto pasivo protegido sea 18 años, sin que el consentimiento se identifique como una causa de atipicidad en ningún caso. Pongamos un ejemplo que pueda servir como punto de partida al problema que se pretende exponer:

“Dos sujetos A y B deciden mantener relaciones sexuales. A tiene 35 años y B 17 años. En el curso de dichas relaciones, A se desnuda y realiza actos de provocación y excitación sexual respecto a B, que las acepta y disfruta. Ambos deciden grabar las relaciones que van a mantener en la cámara que tenía A. Al día siguiente, A visualiza las imágenes y aprecia como B sale desnudo manteniendo relaciones sexuales. Guarda esas imágenes en su ordenador y se las envía por email a B”.

En principio, podría considerarse que ni A ni B han cometido delito alguno, ya que ambos superan la edad de consentimiento sexual y todas las acciones que han realizado han sido consentidas. Sin embargo, de la lectura del CP podría llegarse a la conclusión que A habría cometido varios delitos, dado que B era menor de edad, y a pesar de que pueda mantener relaciones sexuales el CP lo protege, aún en contra de su voluntad, de determinadas conductas que se han cometido en el transcurso de la secuencia expuesta.

Tomando la actual redacción del CP, se podría llegar a la conclusión de que A habría cometido un delito de exhibicionismo del artículo 185 CP, ya que ha ejecutado actos de exhibición obscena ante un menor de edad con una clara finalidad de conseguir su excitación sexual⁵¹. Frente a esta interpretación literal se debe acudir a la interpretación teleológica para evitar llegar a la conclusión de que este tipo de conductas deberían castigarse, pues carecería de toda lógica que aquel a quien el Derecho penal reconoce la capacidad jurídica para mantener relaciones sexuales consentidas, al considerarle suficientemente maduro para ello, se le negare tener la suficiente madurez para consentir la provocación obscena, y consentida de un tercero por afectar negativamente a su desarrollo⁵².

⁵¹ Sobre la consideración de la obscenidad dentro del tipo objetivo de conductas sexuales provocadoras, vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*. Barcelona (Bosch). 1982. PP. 225-242.

⁵² VENTURA PÜSCHEL, A. en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J (Dir). *Derecho penal español. Parte especial (I)*. Tirant lo Blanch. 2ª ed. Valencia. 2011. 2ª ed. P. 653. Este autor ya advertía que: *Se produce así la paradoja, ampliamente denunciada, de que conforme a la regulación de nuestro Ordenamiento penal, no se sanciona – y así debe ser – la conducta de un adulto que yace consentidamente y sin engaño con un menor (mayor de 13 y menor de 18 años) y sí se sanciona, en cambio, la conducta consistente en exhibirse obscena y consentidamente ante el mismo menor...;* En sentido similar, ORTS BERENGER, E. En, GONZÁLEZ CUSSAC, (Coord). *Derecho Penal. Parte especial*. 5ª ed. Valencia. Tirant lo Blanch. 2019.p. 235.

Y es que el bien jurídico protegido, una vez abandonadas las antiguas teorías de protección de la decencia pública o el pudor⁵³ como concepto general, debe ser identificado como la indemnidad sexual del menor, que protege su desarrollo de injerencias que puedan resultar perjudicial en su desarrollo evolutivo, pero una vez que se le permite mantener relaciones sexuales, ello debe abarcar todas las derivaciones que de este acto se pueden producir, y obviamente, ello incluye que la pareja del menor se desnude para mantenerlas.

Por otro lado, el artículo 186 CP castiga como reo de provocación sexual al que, *por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o a personas necesitadas de especial protección.*

III. Prostitución y explotación sexual

La prostitución, según la definición de la RAE es la *actividad de quien mantiene relaciones sexuales con otras personas a cambio de dinero.* El Tribunal Supremo, en su sentencia de 2 de julio de 2001 lo define como *la situación en que se encuentra una persona que, de una manera más o menos reiterada, por medio de su cuerpo, activa o pasivamente, da placer sexual a otro a cambio de una contraprestación de contenido económico, generalmente una cantidad de dinero. Quien permite o da acceso carnal, masturbación, felación, etc. a cambio de dinero, de forma más o menos repetida en el tiempo, decimos que ejerce la prostitución, cualquiera que sea la clase del acto de significación sexual que ofrece o tolera.*

Al analizar el delito de prostitución se ha de partir de una premisa fundamental en el ordenamiento jurídico español: **el ejercicio de la prostitución de un mayor de edad, libre y consentida es atípica.** La persona que se prostituye de manera voluntaria no comete ningún delito.

El artículo 187 CP castiga al que, *empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, determine a una persona mayor de edad a ejercer o a mantenerse en la prostitución, será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses.*

Así, se puede apreciar que el desvalor de la acción radica en la utilización de violencia, intimidación o engaño o de una situación de superioridad para que otra persona, mayor de edad, ejerza la prostitución en contra de su voluntad (o mediante la obtención de un consentimiento viciado).

El párrafo segundo del artículo 187 CP castiga a aquel que se lucre por la explotación sexual de otra persona, aún con el consentimiento de la víctima. De este modo, se pena el proxenetismo, manteniendo el CP la teoría de que la prostitución es atípica, siempre que se lleve a cabo de un modo libre y voluntaria, y añadiendo la prohibición de que nadie se lucre de dicha conducta más allá del prostituido. El artículo 187 CP establece varias situaciones donde se presume, *iure et de iure*, que la persona ha sido explotada sexualmente. Serían las siguientes:

⁵³ Aunque la intervención del término obsceno (impúdico, torpe, ofensivo al pudor según la RAE) ha hecho resucitar ese contenido moral en el tipo según parte de la doctrina.

- a) Que la víctima se encuentre en **una situación de vulnerabilidad personal o económica.**
- b) Que se le impongan para su ejercicio **condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas.**

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha delimitado el ámbito típico de esta figura, para evitar que cualquier lucro de un tercero en dicha actividad pueda ser considerado prostitución. En la sentencia del Tribunal Supremo nº 445/2008, de 3 de julio, se declara que *la determinación del ámbito típico de esta modalidad delictiva resulta obligada ante la necesidad de impedir una interpretación que avale la quiebra del principio de proporcionalidad, especialmente cuando se asocia la misma pena a los actos violentos e intimidatorios, frente a aquellos otros que sólo emplean el engaño o, como en este caso, se identifican aquellas conductas violentas o intimidatorias con la acción de lucrarse o vivir a costa de la prostitución ajena. Constatadas esas dificultades, la fijación de tales límites ha de tomar en consideración la idea de que no toda ganancia proveniente de la prostitución, por sí sola, convierte a quien la percibe en autor de un delito castigado con penas de dos a cuatro años de prisión. Para que así acontezca es indispensable que concurren, con carácter general, las siguientes circunstancias: a) Que los rendimientos económicos se deriven de la explotación sexual de una persona que se halle mantenida en ese ejercicio mediante el empleo de violencia, intimidación, engaño o como víctima del abuso de superioridad o de su situación de necesidad o vulnerabilidad. b) Quien obtiene el rendimiento económico a costa de la explotación sexual ajena ha de ser conecedor de las circunstancias que determinan a la persona prostituida a mantenerse en el ejercicio de la prostitución. En aquellos otros casos - estadísticamente más frecuentes- en los que la persona que se lucra explotando abusivamente la prostitución sea la misma que ha determinado coactivamente al sujeto pasivo a mantenerse en el tráfico sexual, el primer inciso del art. 188.1 excluiría la aplicación del inciso final, por imponerlo así una elemental regla de consunción (art. 8.3 del CP). c) La ganancia económica puede ser fija, variable o a comisión, pero es preciso, en cualquier caso, que se trate de un beneficio económico directo. Sólo la explotación lucrativa que está íntimamente ligada a la fuente de la prostitución ajena queda abarcada en el tipo. d) La percepción de esa ganancia ha de ser el fruto de algo más que un acto aislado o episódico. No basta con un mero gesto de liberalidad. Esa reiteración es exigible, tanto en la persona que ejerce la prostitución como en aquella otra que se lucra con su ejercicio.*

Se impondrá la pena en su mitad superior:

- ✓ Cuando el autor se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público.
- ✓ Cuando el autor perteneciere a una organización o grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades.
- ✓ Cuando el autor hubiera puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

El artículo 188 CP protege al menor (de 18 años años) y adelanta la barrera de protección del Derecho Penal al castigar a aquel que **induzca, promueva, favorezca o facilite** la prostitución de un menor de edad o de una persona discapacitada necesitada de especial protección, o al que **se lucre** con ello o explote sexualmente de algún otro modo a los sujetos pasivos protegidos. Por lo tanto, se castiga cualquier acto que pueda entenderse como un favorecimiento de la prostitución de menores, así como el lucro de la misma.

Se contemplan los siguientes tipos cualificados:

- I. Cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia.
- II. Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.
- III. Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.
- IV. Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.
- V. Cuando los hechos se hubieren cometido por la actuación conjunta de dos o más personas.
- VI. Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

Por otro lado, el artículo 188.4 CP castiga al que *solicite, obtenga o acepte* (al cliente) a cambio de una remuneración o promesa a un tercero, una relación sexual con un menor o un discapacitado, con una pena de 1 a 4 años de prisión. Es necesario que el dolo del autor abarque, aún de forma eventual, la minoría de edad de aquel que se prostituye.

El artículo 188.5 CP establece una regla concursal, advirtiendo que la pena por este tipo de delito se impondrá sin perjuicio de los abusos o agresiones sexuales que se causaren a la víctima.

IV. Corrupción de menores

Bajo la denominación “corrupción de menores” el CP tipifica en el artículo 189.1. a) CP conductas consistentes **en captar o utilizar** a menores o discapacitados en espectáculos exhibicionistas o pornográficos. El bien jurídico protegido sigue siendo la indemnidad sexual, y los sujetos pasivos serán los menores de edad (de 18 años) o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Son delitos comunes que pueden cometer cualquier persona, y se ha de cometer de manera dolosa, donde el conocimiento del autor deberá abarcar la edad de la persona que realiza la exhibición de actos sexuales.

En la modalidad de captación, el delito se consuma en el momento que se convence o se acuerda con el sujeto pasivo su participación en espectáculos exhibicionistas o en grabaciones pornográficas, con independencia de que finalmente estas no se lleguen a realizar. La utilización del menor ya conlleva la implicación del mismo en el espectáculo sexual.

V. Pornografía infantil y juvenil

El artículo 189.1.b) CP tipifica todas las conductas relacionadas con la pornografía infantil, castigando al que *produjere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial*

protección, o la poseyera para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.

Se puede apreciar que se encuentran agrupadas dos tipos de conductas. Las primeras son activas en la elaboración, venta o exhibición de material pornográfico (producir, exhibir, ofrecer, facilitar), y dichas conductas se encuentran castigadas con independencia de que no se haya participado en su grabación o no se haya tenido relación con los menores implicados. En un segundo término se castiga también posesión siempre que la misma esté preordenada a su difusión, exhibición, venta, etc.

En el concepto de distribución, la jurisprudencia ha incluido la divulgación de programas P2P (eDonkey, eMule, ...), siempre que quede acreditado el conocimiento del usuario de que al utilizar dicho programa permite la divulgación de sus archivos a otros usuarios.

La SAP de Barcelona (sección 3ª) de 29 de septiembre de 2015, describe estos programas del modo siguiente: *La jurisprudencia (STS de 07/10/2010 (RJ 2010, 7684), entre otras) ha examinado en numerosas ocasiones las características de esta clase de programas que permiten compartir archivos con otros usuarios de la red, de manera que la facilidad para descargar archivos es proporcional a la cantidad que el usuario pone a disposición de los demás. La ubicación de los archivos al ser descargados es la carpeta "Incoming" en el eMule, o en la carpeta "My shared folders" en el Ares, donde, hasta que el usuario del ordenador los extrae o los borra, permanecen a disposición de otros usuarios de la red y de los referidos programas. De ello resulta que cuando un usuario del programa mantiene archivos en esas carpetas de acceso libre, está facilitando la difusión del contenido de tales archivos entre los demás usuarios que deseen proceder a su descarga. No ocurre así cuando traslada tales archivos a otras carpetas de su exclusivo uso particular.*

Este tipo de situaciones hizo necesario el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2009, en donde se consensuó que: *Una vez establecido el tipo objetivo del art. 189.1.b) del Código Penal, el subjetivo deberá ser considerado en cada caso, evitando incurrir en automatismos derivados del mero uso del programa informático empleado para descargar los archivos.*

Por lo tanto, para acreditar el dolo del autor se deberán tener en cuenta parámetros tales como (SAP Barcelona 29/9/2015) *el número de elementos que son puestos en la red a disposición de terceros, para lo que se tendrá en cuenta la estructura hallada en la terminal (archivos alojados en el disco o discos duros, u otros dispositivos de almacenamiento), el número de veces que son compartidos (pues este parámetro deja huella o rastro en el sistema informático), la recepción por otros usuarios de tales imágenes o vídeos como procedentes del terminal del autor del delito. Y cuantas circunstancias externas sean determinadas para llegar a la convicción de que tal autor es consciente de su actividad de facilitar la difusión de pornografía infantil, entre las que se tomará el grado de conocimiento de la utilización de sistemas informáticos que tenga el autor del delito. (STS nº 340/2010).*

El artículo 189.1.b) CP ha ampliado el ámbito de lo que se considera pornografía infantil, desarrollándolo en los cuatro supuestos siguientes:

- a. Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada.
- b. Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales

- c. Todo material que represente de forma visual a una persona **que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada**, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes.
- d. **Imágenes realistas** de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales.

Las definiciones c y d de pornografía infantil resultan, cuanto menos, cuestionables. Téngase en cuenta que aunque se siga denominando pornografía infantil, el material que se considera como tal será aquel que incluya a menores de 18 años participando en escenas sexualmente explícitas, por lo que el concepto ha mutado hacia la “pornografía juvenil”.

El apartado c) considera pornografía infantil el material en que una persona que parezca menor (de 18 años), aunque no lo sea, participe en un acto sexual. Por lo tanto, se puede llegar a castigar la visualización de un vídeo pornográfico donde no actúen menores, pero los actores parezcan menores. Ciertamente es que se incorpora una prueba diabólica, pues si el acusado puede probar que no eran menores las personas que participan, no se considerará el material como pornográfico infantil. Y si los participantes no son menores, y lo han hecho libre y voluntariamente, ¿se puede defender que se sigue poniendo en riesgo el bien jurídico protegido?

El apartado d) va más allá, y considera que las imágenes realistas, (representaciones gráficas o los dibujos animados) que representen a menores en actitud sexual deberá ser considerado como “objeto material del delito”, y su posesión o visualización deberá ser castigada.

La Fiscalía General del Estado emitió la Circular 2/2015 *sobre el delito de pornografía infantil tras la reforma operada por la LO 1/2015*, en donde imparte instrucciones a los Fiscales a la hora de interpretar la reforma. En esta se introducen tres premisas:

- 1.1. *La pornografía infantil debe integrarse por representaciones visuales, no siendo suficiente el material de audio.*
- 1.2. *El material pornográfico escrito no puede estimarse incluido en el radio típico*
- 1.3. *El puro y simple desnudo no puede integrarse en el tipo.*

Junto a ello, la Circular interpreta los apartados c) y d) del artículo 189.1.b) CP Respecto al c) (persona que parezca menor), lo denomina “pornografía técnica” e incluye la siguiente recomendación: *Los señores fiscales previamente a aplicar esta disposición legal habrán de agotar las posibilidades de determinar la edad real de la persona representada, por lo que deberán – si no se ha hecho de oficio – interesar a la policía que investigue ese extremo. La vía de la pornografía técnica no puede utilizarse para criminalizar la posesión o difusión de imágenes de personas a las que no se les presenta como menores, a las que no se consigue identificar y respecto de las que pueda existir duda sobre si sobrepasan o no los 18 años.* Respecto a la modalidad d) del artículo 189.1.b) CP, denominada por la FGE como “pornografía virtual”, se advierte que *no deberán entenderse incluidos dibujos animados, manga o similares, pues no serían propiamente imágenes realistas, en tanto no perseguirían el acercamiento a la realidad.*

Respecto a la inclusión de los conceptos de pornografía virtual y pornografía aparente, resultan de gran interés las palabras que les dedica GIMBERNAT ORDEIG⁵⁴ y que a continuación se reproducen: *En cualquier caso, lo decisivo es que, si la razón de la punición de la tenencia de pornografía infantil para el propio consumo es el ataque a la libertad y la dignidad que se produce con el visionado de las imágenes, esto sólo puede predicarse cuando dicho ataque va dirigido contra niños reales que han sido objeto de captaciones pornográficas, pero no cuando ese consumo consiste en la contemplación de monigotes.*

El segundo nuevo delito de pornografía infantil que introduce la reforma es el de la “aparente”, conforme a la cual se penaliza también “todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor, participando en una conducta sexualmente explícita”, es decir, que se considera también punible la reproducción de imágenes pornográficas de, por ejemplo, personas de dieciocho, diecinueve, veinte o más años siempre que su aspecto sea la de un menor. Pero si esas personas han participado libremente como actores en la elaboración del material pornográfico ¿cómo se puede hablar, en serio, de que estamos ante un caso de pornografía de menores si los protagonistas de esa pornografía – aunque lo parezcan – no son menores?

Ciertamente que la pedofilia es una perversión sexual o, expresándolo en términos religiosos, un pecado, pero al Derecho penal ahí no se le ha perdido nada, ni tiene legitimación alguna para actuar, cuando esa perversión no se ha canalizado en el ataque a menores reales – sino virtuales – o a personas que si son reales, son mayores de edad.

VI. Subtipos agravados

El artículo 189.2 CP aumenta la pena de prisión de 5 a 9 años, a los que lleven a cabo las conductas descritas en el artículo 189.1 CP cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Cuando se utilice a menores de dieciséis años.
- b) Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio, se emplee violencia física o sexual para la obtención del material pornográfico o se representen escenas de violencia física o sexual.
- c) Cuando se utilice a personas menores de edad que se hallen en una situación de especial vulnerabilidad por razón de enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia.
- d) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.
- e) Cuando el material pornográfico fuera de notoria importancia.
- f) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.
- g) Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho, aunque fuera provisionalmente, o de derecho, de la persona menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se trate de cualquier persona que conviva con él o de otra persona que haya actuado abusando de su posición reconocida de confianza o autoridad.
- h) Cuando concurra la agravante de reincidencia.

⁵⁴ Prólogo del Código Penal. Tecnos. 21ª ed. 2015. P. 19.

a) Conductas delictivas de usuarios finales

La existencia de una tendencia de ámbito mundial (Convenio de Lanzarote, II Congreso Mundial de Río de Janeiro, Directiva 2011/93/UE, etc.) a criminalizar cualquier comportamiento relacionado con la pornografía infantil, ha llevado a incluir en la última reforma del Código Penal el castigo de aquellos que, aunque no hayan participado en la captación, producción, distribución, venta, grabación, etc., de material pornográfico o espectáculos exhibicionista donde participaren menores o discapacitados, fuesen los “consumidores finales” de tales materiales.

a. Asistencia a espectáculos exhibicionistas o pornográficos

El artículo 189.4 CP castiga *al que asistiere a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión*. Esencial resulta en este tipo de delitos el elemento subjetivo, que deberá limitar la punibilidad de las conductas a aquellas que se lleve a cabo con dolo directo.

b. Adquisición o acceso a materiales de pornografía infantil

Se castiga en el artículo 189.5 CP al consumidor de pornografía de menores, tanto aquel que **adquiere** el material como al que **acceda**, a sabiendas, a través de internet u otro medio tecnológico, a material pornográfico en el que hayan participado menores o personas con discapacidad. De nuevo, la inclusión del término “a sabiendas” ha de interpretarse como la necesidad de que dichas conductas se cometan con dolo directo para ser punidas.

La Circular 2/2015 de la FGE recuerda a los señores fiscales que, *habrán de ser especialmente cuidadosos a la hora de acusar por este delito, teniendo en cuenta las graves dificultades probatorias que entraña. Habrá de optarse por no acusar cuando no esté suficientemente acreditada la intencionalidad del acceso a los contenidos pornográficos infantiles. La necesidad de que el acceso sea “a sabiendas” impone la exigencia de un dolo directo*.

El preámbulo de la Directiva 2011/93/UE exige que, *para ser responsable, la persona debe tener la intención de acceder a un sitio de internet en el que haya pornografía infantil, y a su vez, saber que es posible hallar este tipo de imágenes. No deben aplicarse penas a las personas que accedan si intención a sitios que contengan pornografía infantil. Podrá deducirse el carácter intencionado de las infracciones, en particular, del hecho de que esta sea recurrente o de que se cometa mediante un servicio de pago”*.

VII. Incitación a cometer delitos sexuales contra menores. Art. 189. Bis

La reforma del Código Penal propiciada por la Ley Orgánica 8/2021 ha incorporado un nuevo tipo delictivo que castiga: *La distribución o difusión pública a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar a la comisión de los delitos previstos en este capítulo y en los capítulos II bis y IV del presente título será castigada con la pena de multa de seis a doce meses o pena de prisión de uno a tres años*.

Utilizando una técnica polémica, se castiga no la inducción, sino la promoción, el fomento o la incitación a cometer delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores (Cap.II), las agresiones

sexuales a menores de dieciséis años (Cap. II. Bis) y los delitos de exhibicionismo y provocación sexual.

En esta ocasión, los destinatarios de la provocación no son específicamente los menores de edad, sino que estos serían las víctimas, pues se castiga el fomento de delitos de contenido sexual que tienen a estos como sujetos pasivos.

VII. Responsabilidad penal de la persona jurídica

De conformidad con el artículo 189.ter CP, la persona jurídica tendrá responsabilidad penal respecto de los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores (arts. 187 a 190 CP), especificándose que se podrá acordar la disolución de la persona jurídica.

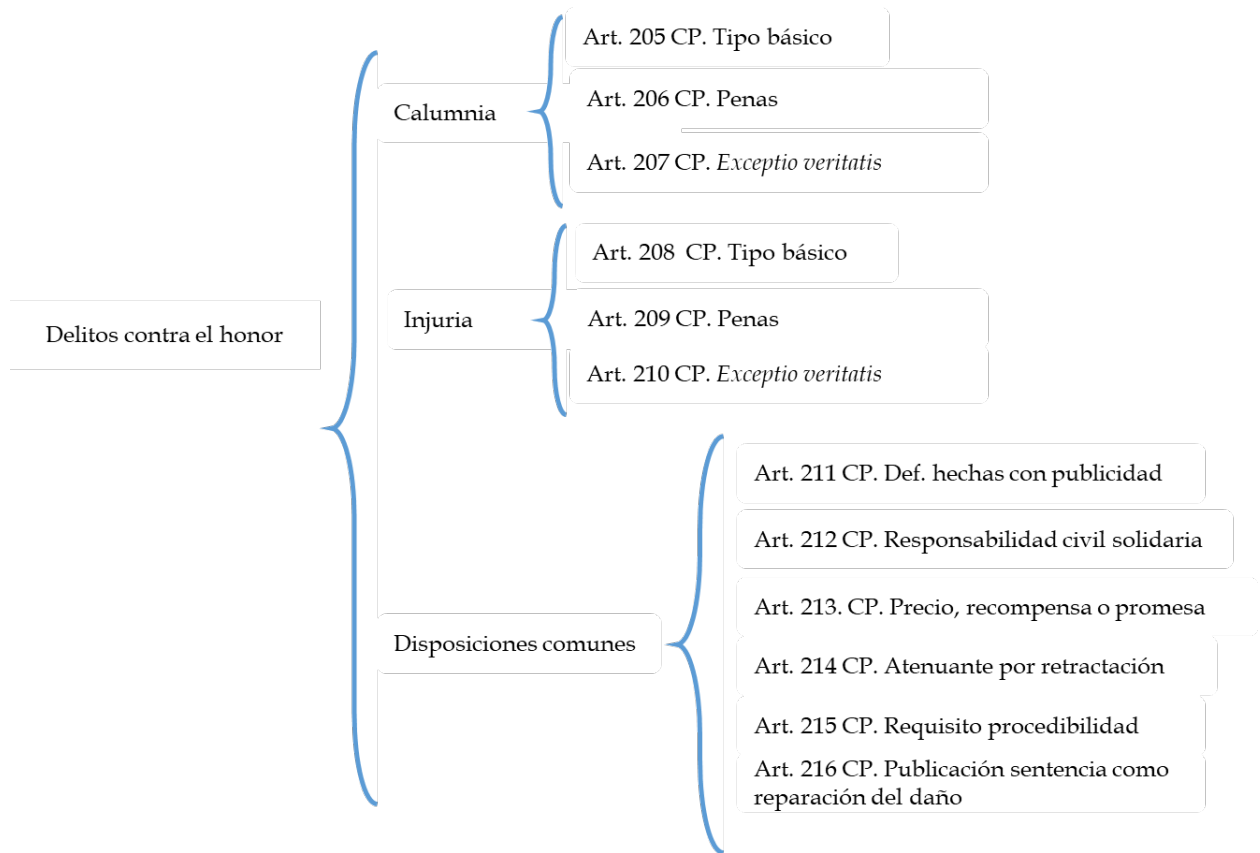
IX. Supuestos prácticos

- 1) Rodrigo, de 22 años comienza a salir con Sonia, de 15. Durante su noviazgo llevan a cabo actos de contenido sexual. Cuando el padre de Sonia tiene conocimiento, presenta una denuncia a la policía.
- 2) Pedro, de 35 años es el primo de Manuela (de 15 años). Aprovechando su ascendencia sobre Manuela, la convence para mantener relaciones sexuales. Esas relaciones son grabadas con consentimiento de Manuela, guardando la copia Pedro.
- 3) María, de 17 años de edad, mantiene relaciones sexuales con Juan, de 15 años. Al descubrirlo la hermana de Juan, denuncia a María.
- 4) Rosa alquila dos habitaciones de su casa por horas, para que las prostitutas que la necesiten, las usen para prestar servicios sexuales. Los clientes de las prostitutas pagan 25 € directamente a Rosa por el uso de la habitación.
- 5) Manuel solicita los servicios sexuales de una profesional. Cuando se encuentran, Manuel aprecia que parece un poco joven, pero en vez de preguntarle la edad, realizan la transacción. La prostituta tenía 17 años.
- 6) Ernesto accede a páginas web de contenido pornográfico. En un par de ocasiones ha podido apreciar que las imágenes representaban a menores de edad, pero en vez de cerrarlas, visionó los vídeos hasta el final.
- 7) Jaime encuentra a Amila en la calle pidiendo trabajo. Jaime, cautivado por su belleza le ofrece trabajo como limpiadora de su hogar, incluyendo el mantenimiento de relaciones sexuales. Amila, debido a su situación de vulnerabilidad económica, acepta el puesto.

- 8) Jorge y Carlos se bañan desnudos en una playa de Torremolinos no naturista, donde se encontraban niños bañándose. Un padre, indignado, tras afearles la conducta, presenta una denuncia contra ellos.
- 9) Carmen (17 años) y Juana (18 años), aceptan un papel en una película pornográfica. El productor, antes de rodar les pide los DNIs. Previamente Carmen lo había falsificado y constaba que tenía 18 años. Carmen actúa y la película la ven cerca de 1000 personas.
- 10) Manuel, de 45 años, contacta por internet con Jaime, de 13 años, haciéndose pasar por otro niño de su edad. Tras embaucarle, consigue que le mande fotos de sus órganos genitales. Una vez conseguido, lo comienza a amenazar con difundir las fotos si no le envía vídeos sexuales. Jaime los graba y los envía ante el temor de que se publiquen. Manuel guarda los vídeos en su ordenador. Al darse cuenta el padre de Jaime, presenta una denuncia.
- 11) María trabaja con Juan en una gran empresa. María es la jefa de Juan y se enamora de él. De manera reiterada le solicita mantener relaciones sexuales, pero Juan no accede. Esa situación le provoca tal estrés a Juan que se cambia de trabajo.

Delitos contra el honor

Delitos contra el honor



I. Introducción

El capítulo I del Título XI del CP regula los delitos que atacan el honor de otra persona. Este tipo de delitos fue incluido en el primer Código Penal de 1822 en el capítulo primero del Título II - *De las calumnias, libelos infamatorios, injurias y revelación de secretos confiados* -, ya que el concepto de honor, como atributo intangible del ser humano digno de protección es muy anterior al periodo de codificación.

Procede traer a colación los versos de Pedro Crespo, Alcalde de Zalamea en la conocida obra de teatro de Calderón de la Barca, donde el alcalde advierte que: *Al rey la hacienda y la vida se ha de dar, pero el honor es patrimonio del alma, y el alma sólo es de Dios.*

GROIZARD en 1893, comentando el Código Penal de 1870, afirmaba que: *El honor es la vida del espíritu; es un patrimonio, tanto más precioso y querido, cuanto que no es hijo de la herencia, ni de la fortuna, sino el resultado del merecimiento propio. El derecho del hombre a que su honor sea respetado, no hay pueblo que merezca el nombre de tal que haya dejado de reconocerlo, ni legislación que no lo haya sancionado. Los delitos contra el honor son, por lo tanto, también delitos naturales.*

Históricamente la protección del honor se ejercía de manera privada, pues la persona que sufría la afrenta en su honor podía retar a duelo privado - a

primera sangre, a muerte, etc. - a quien lo hubiese atacado, y obtener satisfacción propia, permitida y regulada por códigos de honor entre determinados estamentos privilegiados. QUINTANO RIPOLLÉS relaciona el requisito de procedibilidad que aún se mantiene en estos delitos y su consideración como “privados” en el origen histórico de la acción particular ante una afrenta al honor. Recuerda este autor que: *En el antiguo régimen, en efecto, la idea del honor era patrimonio de determinadas clases sociales, que aunque teóricamente podían exigir su respeto en instancias judiciales, de hecho se resolvían en el más estricto ámbito de lo privado.*

En la Ley XII, del capítulo V del libro I del Fuero viejo de Castilla puede leerse que: *El hidalgo que sea injuriado por otro, puede, o bien recibir en desagravio 500 sueldos, o bien desafiarle y matarle: esto mismo podrá hacer el otro si no quisiere darle los 500 sueldos.* El término injuriar se ha de interpretar como causar alguna afrenta a él o a personas relacionadas (mujeres, escuderos, etc.), ya física a él, ya moral.

A pesar de que los duelos privados fueron prohibidos desde los Reyes Católicos, y que Carlos IV expresamente lo reiteró en la Novísima Recopilación (Ley 3, título XX, libro XII⁵⁵) y que fueron tipificados como delitos en el CP de 1870 (arts. 439 a 447 CP) con la finalidad de sustituir esta justicia de propia mano por otra en que el ataque al honor fuese susceptible de incriminación ante las autoridades del Estado (QUINTANO RIPOLLÉS), los duelos fueron una práctica extra legal hasta principios del siglo XX para dirimir afrentas al honor de determinadas personas.

Pero más allá de la tradición histórica del honor como atributo diferenciador de determinados estamentos – militares, nobles, etc. – y su compleja sustanciación debido a los múltiples factores que pueden afectar a la interpretación del mismo – subjetivos, sociológicos, contextuales, ...- en esta lección se analizará este concepto desde su perspectiva jurídica y su configuración como bien jurídicamente protegido derivado del derecho fundamental del artículo 18. 1 de la Constitución Española.

II. Libertad de expresión/Información vs. Derecho al honor

La protección del derecho al honor entra en muchas ocasiones en conflicto con el ejercicio de los Derechos fundamentales a la libertad de expresión y libertad de información. El sentido de ambos derechos reconocidos en el artículo 20.1 CE son distintos, pues la libertad de expresión se focaliza en el derecho a emitir juicios de valor y opiniones, que por su propia definición no están vinculadas al criterio de veracidad o certeza; por contra la libertad de información se circunscribe a la manifestación de hechos que sí deben ser analizados aplicando el criterio de certeza o veracidad.

⁵⁵ Novísima recopilación: Ley 3, título XX, libro XII *.Teniendo prohibidos los duelos y satisfacciones privadas, que hasta ahora se han tomado los particulares por sí mismos, y deseando mantener rigurosamente esta absoluta prohibición: he resuelto para que no queden sin castigo las ofensas y las injurias que se cometieren, y para quitar todo pretexto a sus venganzas, tomar sobre mí y a mi cargo satisfacción de ellas, en que no solamente se procederá con las penas ordinarias establecidas por Derecho, sino que las aumentaré hasta el último suplicio: y con este motivo prohíbo de nuevo a todos generalmente, y sin excepción de personas, el tomarse por sí las satisfacciones de cualquier agravio e injuria, bajo las penas impuestas.*

Según la STC 23/2010, de 27 de abril: *la libertad de expresión comprende, junto a la mera expresión de juicios de valor, la crítica de la conducta de otros, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática. En el marco amplio que se otorga a la libertad de expresión quedan amparadas, según la doctrina del TC, «aquellas manifestaciones que, aunque afecten al honor ajeno, se revelen como necesarias para la exposición de ideas u opiniones de interés público».* En la misma sentencia se aclara que quedan excluidas de la protección que confiere el derecho las frases y expresiones ultrajantes y ofensivas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto innecesarias al propósito.

El Tribunal Constitucional, en supuestos de conflictos entre ambos derechos, ha sentado la doctrina del juicio de ponderación para valorar si existe o no vulneración del derecho al honor. En la STS 192/2001, de 14 de febrero, se sintetiza la doctrina del juicio de ponderación en la valoración de los siguientes criterios:

1. Si el derecho a la libertad de expresión se ha ejercitado en conexión con asuntos de interés general, determinado por las materias o por las personas que intervengan, *y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificada frente a los derechos garantizados por el artículo 18.1 CE.*
2. La libertad de expresión viene delimitada por el criterio de necesidad (no por el de veracidad). Se habrá de analizar *la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas así como de aquellas manifestaciones que contravengan otros valores constitucionales o derechos fundamentales, como la igualdad, la dignidad o el derecho a la intimidad. Los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, a diferencia de lo que ocurre con los hechos, no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud y ello hace que a quien ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, y, por tanto, respecto del ejercicio de la libertad de expresión no opera el límite interno de veracidad (SSTC 107/1988 y 204/1997).*
3. La crítica, como manifestación de la libertad de expresión y opinión, no puede justificar sin más el empleo de expresiones o apelativos insultantes, injuriosos o vejatorios que exceden este derecho y son claramente atentatorios para la honorabilidad de aquel cuyo comportamiento o manifestaciones se critican, incluso si se trata de persona con relevancia pública, *pues la Constitución no reconoce el derecho al insulto (SSTC 105/1990 , 85/1992 , 336/1993 , 42/1995 , 76/1995 , 78/1995 , 176/1995 y 204/1997).*

En relación con la libertad de información, en el juicio de ponderación se habrá de sumar, junto con el interés público de la información que se publica,

el requisito de veracidad. El Tribunal Constitucional ha rechazado el criterio de la verdad objetiva como realidad incontrovertible como requisito de ponderación, por ello lo que se exige no es que la información no pueda ser errónea, sino que se haya llevado a cabo el deber de diligencia previo por parte del informador. Resume la citada STS 192/2001, que *respecto de la naturaleza, extensión, contenido y límites del deber de diligencia del informador, cuyo cumplimiento permite afirmar la veracidad de lo informado, el Tribunal Constitucional considera que se sitúa en el amplio espacio que media entre la verificación estricta y exhaustiva de un hecho y la transmisión de suposiciones, simples rumores, meras invenciones, insinuaciones insidiosas, o noticias gratuitas o infundadas* (SSTC 6/1988, 171/1990, 219/1992, 41/1994, 136/1994, 139/1995 y 28/1996). *Su precisión, que es la del nivel de razonabilidad en la comprobación de los hechos afirmados, viene informada por los criterios profesionales de actuación periodística* (SSTC 219/1992, 240/1992 y 28/1996) *y dependerá en todo caso de las características concretas de la comunicación de que se trate* (STC 240/1992). Este nivel de diligencia adquirirá su máxima intensidad tanto por la condición privada del sujeto al que afecta la información⁵⁶ como cuando *la noticia que se divulga puede suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere* (SSTC 240/1992, 178/1993 y 26/1996).

Por lo tanto, la protección del derecho al honor como bien jurídico que a continuación se expondrá, se habrá de poner en ocasiones en relación con los derechos de información y expresión y realizar un juicio de ponderación para valorar si la lesión del honor se encuentra, o no, amparada por el valor preponderante de esos derechos fundamentales que se activa en determinadas situaciones.

III. Elementos comunes

a) Bien jurídico protegido

El artículo 18.1 CE garantiza el honor como derecho fundamental de todas las personas, con independencia de sus circunstancias personales o sociales, pues este derecho forma parte de la dignidad del ser humano, reconocida como valor constitucional en el artículo 10 CE. Para una concreción estrictamente jurídica del honor como objeto de protección, VIVES ANTÓN considera que *la dignidad de la persona como sujeto de derecho constituye la esencia misma del honor y determina*

⁵⁶ Ya que según doctrina constitucional, *los personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas y, por tanto, el derecho de información alcanza, en relación con ellos, su máximo nivel de eficacia legitimadora, en cuanto que su vida y conducta participan del interés general con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas que, sin vocación ni proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública, a las cuales hay que, por consiguiente, reconocer un ámbito superior de privacidad, que impide conceder trascendencia general a hechos o conductas que la tendrían de ser referidas a personas públicas»* (SSTC 171/1990, 173/1995 y 26/1996).

su contenido, ya que constituye un derecho inherente al ser humano, y su lesión afectará de manera inmediata a la propia dignidad. Esta interpretación se identifica como la concepción normativa del honor en la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 208/2013, de 16 de diciembre) donde se afirma la especial conexión entre el derecho al honor y la dignidad humana, *pues la dignidad es la cualidad intrínseca al ser humano y, en última instancia, fundamento y núcleo irreductible del derecho al honor* (STC 231/1988, de 2 de diciembre). Siguiendo esta línea de interpretación, afirma la STC 208/2013, de 16 de diciembre), *que el derecho al honor es una emanación de la dignidad, entendido como el derecho a ser respetado por los demás*.

La jurisprudencia constitucional (STC 127/2003 de 30 junio) , tras admitir que el derecho al honor *es lábil y fluido, cambiante* (STC 170/1994, de 7 de junio) debido a que una de sus características principales consiste en ser *un concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento* (STC 180/1999, de 11 de octubre), ha otorgado un contenido propio a este derecho, que derivado de la protección a la dignidad de la persona confiere a su titular el derecho a no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás (STC 204/2001, de 15 de octubre), por lo que el derecho fundamental *protege frente al desmerecimiento en la consideración ajena* (STC 52/2002, de 25 de febrero).

La doctrina realiza una distinción en el concepto de honor, diferenciando el honor interno o subjetivo, que posee el hombre como ser racional y se concreta en la valoración propia que cada persona tenga del mismo, y el externo (honor objetivo) que se focaliza en la valoración que la comunidad tiene de una persona, en función de su reputación o fama.

Es un bien jurídico disponible, pues a pesar de encontrarnos ante un derecho fundamental que afecta al ser humano, es éste el que tendrá que decidir, en función de su propia interpretación del concepto de honor y autoestima, si activa o no la protección que le dispensa el ordenamiento jurídico.

En este ámbito, se ha de advertir que existen distintas vías de protección de estos derechos. La vía civil se puede activar a través de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen y debería ser la prioritaria, reservando para el ámbito penal aquellos ataques al honor y la dignidad de la persona que son especialmente graves y que merecen por ello una sanción penal.

b) Sujeto activo

Tanto la calumnia como la injuria son delitos comunes que pueden ser cometidos por cualquier persona en concepto de autor. Desde el punto de vista de la autoría y participación, se ha de tener en cuenta que si los delitos se cometen utilizando medios o soportes de difusión mecánicos se aplicarán las reglas de imputación del artículo 30 CP, las cuales establecen un tipo de autoría escalonada, excluyente y subsidiaria - 1º el redactor del texto; 2º el director de la publicación o programa; 3º El director de la empresa editora, emisora o difusora;

4º El director de la empresa grabadora, reproductora o impresora – y que excluye de castigo a los cómplices.

c) Sujeto pasivo

El sujeto pasivo es el titular del honor y de su propia dignidad que no haya consentido que se ataque sus derechos fundamentales. Todas las personas físicas son titulares de estos derechos, sin que estos puedan verse eliminados por su situación personal – enfermedad, discapacidad, cumplir condena privativa de libertad, etc. .-

Al ser un derecho personal derivado de la dignidad de la persona, será necesario que esta se encuentre viva para afectarlo (SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAILLO). Si la persona a la que se ataca su honor ha muerto, la protección que ejerzan sus herederos se habrá de reconducir al ámbito civil, por inidoneidad de afectación al bien jurídico penal.

Polémico resulta entre la doctrina si las personas jurídicas pueden ser sujetos pasivos de los delitos de injurias y calumnias. La moderna jurisprudencia constitucional ha reconocido a las personas jurídicas el derecho al honor - SSTC 183/1995, de 11 de diciembre y 139/1995, de 26 de septiembre – interpretando esta última sentencia que: *Nuestra Constitución configura determinados derechos fundamentales para ser ejercidos de forma individual; en cambio otros se consagran en el texto constitucional a fin de ser ejercidos de forma colectiva. Si el objetivo y función de los derechos fundamentales es la protección del individuo, sea como tal individuo o sea en colectividad, es lógico que las organizaciones que las personas naturales crean para la protección de sus intereses sean titulares de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto éstos sirvan para proteger los fines para los que han sido constituidas.*

Desde esa perspectiva, el Tribunal Supremo – vid STS de 28 de febrero de 1990 – y las instancias inferiores - SAP Sevilla (Sección 7ª) nº 133/2007 de 22 marzo - han reconocido a las personas jurídicas como sujetos pasivos de los delitos de injurias. Parte de la doctrina (COCA VILA; VIVES ANTÓN, RODRÍGUEZ MOURULLO) partiendo desde el fundamento del bien jurídico protegido como una representación de la dignidad de la persona se manifiestan en contra de que la persona jurídica pueda ser sujeto pasivo del delito. Coincido con ellos, pues por más que los entes jurídicos tengan reconocido el derecho al honor, y la reputación de estos sea fundamental para llevar a cabo su actividad (uno de los impactos que más temen determinadas corporaciones cuando son imputadas es el reputacional) la protección penal se focaliza en la dignidad, que es un derecho personalísimo del ser humano y no puede ser transferido por la asociación de los miembros a una persona jurídica, aunque cada que lo componga mantenga su derecho y pueda ejercitarlo si su honor se ha visto afectado por la acción realizada contra la persona jurídica como un todo.

Ello sin perjuicio de que la defensa de su honor se reconduzca por la vía civil, que cuenta con medidas eficaces para evitar la afectación al honor a los entes colectivos y sanciones para una justa reparación en función del daño causado.

d) Elemento subjetivo

La calumnia exige que la imputación de un delito sea hecha “con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”. La injuria, que las acciones o expresiones lesionen la dignidad de otra persona. Ambos tipos penales han de ser cometidos de manera dolosa, aunque cada uno tiene características específicas.

En la injuria, se ha de saber que la expresión o acción que se realiza afectará a la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o estima. Aquí no juega un papel determinante la veracidad de la afirmación. Una injuria no deja de ser tal porque lo expresado sea verdad.

Ej. Insultar con publicidad a una persona con malformaciones - “cheposo”, “jorobado” “amorfo” - no deja de ser una injuria por mucho que sea cierto.

La calumnia, sin embargo, requiere que el dolo abarque el conocimiento de la falsedad del hecho que se está imputando a una persona y que es constitutiva de delito. La primera acepción se puede identificar con el dolo directo: Sé a ciencia cierta que es falso, pero actúo para lesionar el honor de un tercero.

Ej. Publico en Twitter que mi jefe ha pagado sobornos a un funcionario extranjero cuando sé que eso es falso.

La segunda acepción “con temerario desprecio hacia la verdad” genera más variación a la hora de ser interpretada. Parte de la doctrina lo identifica como una referencia al dolo eventual (VIVES ANTÓN, BEATO VÍBORA), donde el sujeto actúa con total indiferencia sobre la verdad de la imputación, pues aun sabiendo que pueda ser falsa, ello no le impide publicarla o comunicarla. VIVES ANTÓN afirma que la utilización de este término - temerario desprecio - es la asunción del concepto norteamericano de *reckless disregard* - indiferencia temeraria -. ECHARRI CASI utiliza el precedente norteamericano de la STS de EE.UU *New York Times vs Sullivan* en donde se plantea la confrontación entre la libertad de expresión y el derecho al honor, exigiéndose que para que la publicación tenga incidencia penal se pruebe que se haya actuado con “malicia real”, *esto es, con conocimiento de su falsedad o con indiferencia temeraria de si era falsa o no*⁵⁷. Este origen parece avalar la interpretación de este término como “culpa consciente” (COCA VILA), lo que adentra a este tipo penal en el campo de la punibilidad muy cercana a la imprudencia.

El Tribunal Supremo en su Sentencia 1023/2012, de 12 de diciembre, asimila el término “temerario desprecio a la verdad” con el dolo eventual del modo siguiente: *En efecto, la descripción típica actual configura el delito de calumnias como una infracción eminentemente dolosa, que ya sea en la forma de dolo directo -*

⁵⁷ The NEW YORK TIMES COMPANY, Petitioner, v. L. B. SULLIVAN. Ralph D. ABERNATHY et al., Petitioners, v. L. B. SULLIVAN.; Supreme Court; 376 U.S. 254; 84 S.Ct. 710. *The constitutional guarantees require, we think, a federal rule that prohibits a public official from recovering damages for a defamatory falsehood relating to his official conduct unless he proves that the statement was made with 'actual malice' - that is, with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not.*

conocimiento de la falsedad de la imputación- o en la modalidad de dolo eventual - temerario desprecio hacia la verdad-, agotan el tipo subjetivo.

Tradicionalmente se identificaba por parte de la doctrina la existencia de un ánimo específico adyacente al dolo, el ánimo de injuriar o de calumniar – *animus infamandi* , como criterio para diferenciar el delito de otros supuestos en los que, aunque se hubieren vertido declaraciones injuriosas o calumniosas, no estaba en el ánimo del autor la intención de ofender sino de bromear, informar, etc. La doctrina actual niega de un modo casi unánime (con alguna excepción) que estos delitos requieran un ánimo específico de difamar o calumniar, siendo suficiente con el conocimiento de la falsedad y la capacidad potencial para lesionar el bien jurídico.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha acogido esta interpretación en sentencias recientes. Así la STS 174/2019, de 2 de abril afirma que: *En cuanto al elemento subjetivo, no es necesario un ánimo especial dirigido a la difamación del sujeto pasivo.* En sentido similar, la STS 820/2016, de 2 de noviembre recuerda que: *La doctrina más moderna y también el Código Penal de 1995 han abandonado las añejas construcciones sobre elementos subjetivos especiales en los delitos paralelos de injuria y calumnia, levantadas sobre una frágil base gramatical (el término en interpretado en clave finalística). La teoría del animus iniuriandi en los delitos de injuria y calumnia ya se abandonó. Basta un dolo genérico. Cosa distinta es que el contexto, el momento, el tono, las circunstancias hayan de tenerse en cuenta al evaluar la idoneidad del texto para evidenciar humillación o desprecio.*

e) **Agravante de publicidad**

Tanto la injuria como la calumnia se castigan con una pena agravada si se realizan con publicidad, dado el efecto expansivo que ello provoca en el menos precio del sujeto pasivo. El artículo 211 CP, común a ambos tipos delictivos aclara que estos delitos se reputarán hechos con publicidad cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante.

La publicidad de una calumnia o injuria hace unos años era un procedimiento más complejo y estaba reservada a determinadas personas que tenían acceso a los medios de comunicación, pero de un tiempo a esta parte, con la proliferación de redes sociales (Twitter, Facebook, Instagram, etc.) y medios de comunicación instantáneos de reproducción masiva (wasap, etc.) hacen posible la publicidad “privada” de comentarios calumniosos e injuriosos, que cuando son publicados a través de este tipo de medios, han de ser reputados como cometidos con publicidad de conformidad con la cláusula de cierre del artículo 211 CP.

IV. El delito de calumnia

La calumnia, según el artículo 205 CP es la falsa imputación de un delito a un tercero. Esta constituye el elemento objetivo del tipo. Es suficiente con que se atribuyan a un tercero determinados hechos que, de haberse realizado, constituirían un delito, pues como recuerda la STS 174/2019, de 2 de abril: *Aunque la redacción literal del precepto se refiere a la "imputación de un delito", lo cierto es que no se refiere a un tipo delictivo, sino a un hecho que presente caracteres delictivos como conducta típica. No se trata, por lo tanto, de imputar un delito sino, más*

exactamente, un hecho. Tal conclusión deriva sin dificultad de la exigencia de la falsedad de la imputación, la cual solo puede predicarse de hechos y no de juicios de valor de carácter general o de valoraciones jurídicas. La imputación de un delito puede ser correcta o incorrecta, acertada o no, pero no puede ser verdadera o falsa. Por ello, aunque es habitual, no es necesario que a los hechos se le incluya una calificación jurídica para considerarlo como típica.

Ej. Mi compañero de trabajo, llamado X, todos los días, coge 50 € de la caja que no le pertenecen ni a los que tiene derecho.

Es necesario que la imputación de los hechos delictivos sea concreta, referida a una persona que se pueda identificar (ya por el nombre o por las circunstancias) reservándose en su caso para las injurias calificativos nominales de delitos comunicados de manera genérica.

Ej. Alfredo es un ladrón y un estafador y Romualdo es un corruptor de menores.

Los hechos imputados pueden constituir cualquier delito contenido en el Código Penal, incluyendo los delitos leves, lo que ha supuesto una ampliación de la punibilidad de la conducta pues hasta la reforma del 2015, los hechos que constituían una falta no se consideraban típicos.

Ej. Rosa se ha apropiado de 100 € de la cartera de Jorge. Antes de 2015 era una falta y el hecho no era constitutivo de delito. Tras la modificación operada por la Ley Orgánica 1/2015, el hecho es constitutivo de un delito leve de hurto.

La redacción del artículo 205 CP se ha inclinado por la interpretación de la veracidad subjetiva, pues si una persona imputa unos hechos delictivos falsos, pero sin haberlo hecho con temerario desprecio hacia la verdad al haber llevado a cabo previamente una investigación diligente no cumpliría el requisito de tipicidad subjetiva, aunque con posterioridad se demuestre que el hecho no era cierto (STS 17 de noviembre de 1995). Existe un importante sector de la doctrina que es contrario a esta interpretación por considerar que la imputación objetivamente inveraz de un hecho delictivo es objetivamente típico.

El hecho imputado debe ser falso, por lo que no constituirá calumnia la imputación de un hecho no falso - verdadero -, aunque en determinados supuestos podría ser considerado como una injuria. Tampoco será delito la errónea calificación jurídica de un hecho cierto.

STS 174/2019, de 2 de abril casa la sentencia condenatoria a una letrada que, ante un error cierto que había cometido una magistrada al dictar un auto, calificó ese hecho como constitutivo de un delito de prevaricación: *Es cierto que el recurrente afirma en el mencionado escrito que ese error puede ser constitutivo de un delito de prevaricación. Y lo hace porque entiende que la actuación puede poner de relieve la parcialidad. Pero esa expresión de su criterio provisional sobre una eventual calificación jurídica de lo ocurrido no puede ser considerada falsa o verdadera, ya que no es otra cosa que un juicio de valor, no susceptible de tales consideraciones. Lo que se imputa es un hecho que el recurrente consideró erróneamente, en aquel momento, que podía ser delictivo, debido a la parcialidad que expresaba. Parcialidad, que se basaba, a juicio del recurrente, en el error que sostenía que se había cometido al dictar el Auto. Podría tener otro significado si se apoyara en la imputación de un hecho inexistente. Pero el hecho imputado no era falso, con independencia del exceso o de la equivocación apreciables en la calificación que del mismo hizo el recurrente.*

4. Iter criminis

Si bien la conducta típica se perfecciona con la actividad comunicativa, es necesario que el proceso se consume y el mensaje calumniador llegue a sus destinatarios para que cause el resultado de afectar negativamente a la fama del calumniado. Por ello son plausibles supuestos de tentativa, en donde se lanza un mensaje calumniador pero este no llega a sus destinatarios o no llega a publicarse.

Ej. Rosa manda una carta al director de un periódico para que se publique que un conocido deportista ha cometido un acto de zoofilia. El medio de comunicación, al apreciar tan inveraz y carente de sentido la carta no la publica y la destruye.

5. Teoría del reportaje neutral/transmisión neutral de información calumniosa

Como ya se ha analizado, es habitual identificar un campo de batalla en donde pugnan el derecho a la libertad de información y expresión con el derecho al honor. En el ámbito de la imputación de hechos delictivos tiene importancia la construcción constitucional denominada teoría del reportaje neutral, elaborada para compatibilizar el derecho a la información con el honor de las personas afectadas por el reportaje.

La STS 136/2004 de 13 de diciembre define de esta manera el reportaje neutral: *Estaremos ante un reportaje neutral cuando el medio de comunicación se haya limitado a cumplir su función transmisora de lo dicho por otro, aunque él haya provocado esa información, siempre que no la manipule mediante su artero fraccionamiento en el seno de un reportaje de mayor extensión, interfiriendo en su discurrir con manifestaciones propias, componiéndolo con textos o imágenes cuyo propósito sea, precisamente, quebrar la neutralidad del medio de comunicación respecto de lo transcrito, de suerte que la información haya dejado de tener su fuente en un tercero, para hacerla suya el medio de comunicación que la reproduce y difunde.*

Según la doctrina constitucional (STC 1/2005, de 17 de enero) los requisitos que se exigen para estar ante un reportaje neutral son los siguientes:

- i. El objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser por sí mismas, esto es como tales declaraciones, noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas, de modo que se excluye el reportaje neutral cuando no se determina quién hizo tales declaraciones (STC 190/1996, de 25 de noviembre).
- ii. El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia (STC 41/1994, de 15 de febrero).
- iii. En los casos de reportaje neutral propio la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración, quedando el medio exonerado de responsabilidad respecto de su contenido (STC 232/1993, de 12 de julio).

Con matizaciones, este tipo de construcción puede ser aplicable a aquella persona que reenvía una información que afecta al crédito, la fama y la honra de un tercero que ha recibido y no ha contrastado. Esta persona favorece la propagación de esa información, pero su actuación estaría enmarcada en esta construcción de "transmisión neutral". Como ha establecido el TC en su sentencia 76/2002, de 8 de abril: *En la transmisión neutral de manifestaciones ajenas no asumidas como propias, sólo es responsable el autor material de la declaración transmitida y por ello debe estar identificado.*

6. *La exceptio veritatis*

El artículo 207 CP establece que quedará exento de responsabilidad penal el acusado del delito de calumnia que pruebe el hecho criminal que hubiese imputado. Esta cláusula de exención de responsabilidad penal- conocida como *exceptio veritatis* - tiene una larga tradición relacionada con este tipo de delitos contra el honor. El problema que surge es que la definición de la calumnia ya no comporta un concepto de falsedad objetiva - pues como ya se ha expuesto no tendrá responsabilidad penal aquel que no haya actuado con temerario desprecio hacia la verdad, sino en la creencia (fundamentada de una previa diligencia) de que los hechos que comunica son ciertos. Ello provoca que aunque los hechos imputados no sean ciertos, el autor podrá ser absuelto si no obró con temerario desprecio hacia la verdad - indiferencia temeraria -.

La aplicación de esta causa de exención de la responsabilidad penal se restringe a los supuestos en donde un hecho haya sido imputado inverazmente a una persona (sin estar seguro de que la persona lo ha cometido) aceptando eventualmente como plausible la falsedad, pero con posterioridad se demuestre que realmente sí fue cometido por esta.

Nos encontramos con un tipo penal que para que exista han de concurrir tanto el elemento objetivo - hecho no delictivo o hecho delictivo no cometido por la persona identificada en la calumnia - como el subjetivo - temerario desprecio a la verdad- . En este supuesto nos encontraríamos con que aun concurriendo el tipo subjetivo, no concurriría el objetivo pues el hecho imputado sí resultaría ser delictivo, lo que impide castigar la conducta por atipicidad sobrevenida de la misma. De este modo, la realidad delictiva del hecho imputado actuaría como una causa de exclusión de la responsabilidad penal *ex post*.

Ej. Rodrigo ha visto a Pablo, un conocido del barrio hablando en varias ocasiones con varios miembros de una organización criminal que se dedica a la venta de droga. Como Pablo le cae mal y sospecha de él, comunica por wasap a muchas personas del barrio que Pablo forma parte de la organización criminal, pero no tiene más pruebas. Pablo presenta una querrela contra Rodrigo, y en el curso del procedimiento, Pablo es detenido como miembro de la organización criminal y condenado.

GROIZARD ya planteaba respecto a estas situaciones los problemas procesales que pueden ocurrir, pues el hecho de que el querrellado por calumnia pueda probar la comisión del hecho delictivo requiere que se inicie un proceso paralelo y que pueda ser sustanciado de manera independiente al proceso por calumnia. Proponía este autor incluir, a imagen y semejanza de otros códigos penales, una suerte de prejudicialidad penal y suspender el proceso por calumnia hasta que el proceso paralelo de la investigación del hecho criminal imputado hubiese terminado.

7. *Legítima defensa. Animus retorquendi*

Se ha planteado en ocasiones si la calumnia es un delito frente al que se puede actuar en legítima defensa del honor. El problema que se plantea para aceptarlo no es la inexistencia de una agresión, pues el concepto como tal se ha espiritualizado y un ataque al honor puede ser considerado como una agresión

ilegítima, sino el tipo de consumación instantánea cuando el mensaje calumniador llega al destinatario. En ese momento el delito ya se ha consumado, por lo que una actuación posterior en defensa del honor entraría en un supuesto de exceso por haber concluido el ataque.

Por lo tanto la retorsión, al significar un ataque verbal en respuesta a uno que ya ha cesado, no puede ser considerado como legítima defensa debido precisamente a que el primigenio ataque ya concluyó (VIVES ANTÓN). La jurisprudencia sí reconoce al ánimo de réplica efectos atentatorios de la gravedad de la conducta. La STS 481/1996 de 21 de mayo reconoce que existe una línea jurisprudencial que *reconocen efectos atentatorios a los supuestos de retorsión, en el que la reacción injuriosa del acusado se produce en concepto de réplica.*

Ej. Pedro lee en Facebook que Juan ha publicado que ha mantenido relaciones sexuales con una prostituta menor de edad. Indignado, Pedro contesta y aclara que el que mantuvo relaciones sexuales fue Juan, pues él se dio cuenta que era menor y como sabía que era delito se negó. Ambos hechos eran falsos.

V. El delito de injurias

La injuria es la acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia dignidad, según el artículo 208 CP. No cualquier tipo de agravio o insulto resulta típico, pues deberán ser tenidas por graves en el concepto público, salvo que se lleve a cabo una injuria leve contra una de las personas protegidas en el artículo 173.2 CP .

Aclara el artículo 208 CP en su último párrafo, que las injurias que consistan en la imputación de hechos, no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio a la verdad.

a. Elemento objetivo

i) Injuria como juicio de valor difamatorio

La injuria puede ser llevada a cabo por acciones o expresiones que conlleven juicios negativos de la persona, por lo que serán típicos tanto los actos de palabra, como los dibujos, caricaturas, gestos, mensajes con textos o imágenes ofensivas hacia una persona. Este tipo de injurias, para que sean típicas, deben ser tenidas por graves y eso dependerá del contexto social en que se realicen, así como del contexto histórico, que va evolucionando sobre las expresiones injuriosas.

GROIZARD recuerda que en el Fuero Juzgo, título 3º del libro XII, se consideraba injuria llamar a un hombre podrido de la cabeza, tiñoso, gotoso, bizco, toposo, cincuncido, señalado o corcovado. Aclara el comentarista que la razón no era que no se afligiese a la persona que sufriese defectos, pues *llamar jorobado al que tenía rota la espina dorsal, o tiñoso al que sufría tiña, bizco al que torcía los ojos, eso era perfectamente lícito. La difamación resultaba solo de imputar esos u otros defectos físicos a quien no tenía ninguno de ellos.* Incorporó también

el fuero Juzgo como difamación llamar a otro sarraceno, no siéndolo. El Fuero Viejo añadió a los antiguos denuestos, injurias que tenía relación con el honor, como bastardo, traidor probado, cornudo, gafo o puta sabida. El Fuero Real incluye el término de sodomítico, hereje y tornadizo.

Puede apreciarse como han ido evolucionando los insultos en la actualidad, donde carece de trascendencia llamar a otro hereje, pero han adquirido más importancia otros que afectan a la honra de las madres o la capacidad cognitiva de la persona.

Complejo resulta determinar si la injuria adquiere el nivel de gravedad para que sea considerada típica. La jurisprudencia analiza tanto el elemento objetivo – insulto, caricatura, etc. – como el contexto en que son realizadas y las circunstancias en que se llevan a cabo, para determinar el nivel de gravedad, pues es un elemento que queda a criterio del juzgador. Tradicionalmente se acudía también al ánimo de injuriar para determinar la gravedad de la expresión o acción, pero como se ha expuesto en el epígrafe anterior, la doctrina mayoritaria considera que este ánimo específico no resulta necesario para consumir el tipo, aunque en ocasiones servirá para concretar el contexto de humillación o desprecio a la víctima (STS 820/2016, de 2 de noviembre).

ii) Injuria como falsa imputación de hechos

Las injurias pueden ser llevadas a cabo por una falsa imputación de hechos, pero que no consista en la concreción de acciones delictivas específicas, pues entonces estaríamos ante unas calumnias. Este tipo de injurias se suele concretar en el desmerecimiento realizado a un tercero con imputación genérica de acciones.

Ej. Pedro es un maltratador.

También pueden concretarse en hechos que no tengan matiz delictivo, pero que socialmente tengan el suficiente potencial para afectar a la dignidad o el honor de la persona.

Ej. Pedro se dedicaba realizar actos sexuales por unos pocos euros en los urinarios de las estaciones de autobús.

Para que este tipo de injuria tenga consideración de grave, los hechos han de ser falsos y el autor ha de ser consciente de su falsedad, y actuar con dolo directo o con dolo eventual – temerario desprecio hacia la verdad - .

b. Iter criminis

Tal y como sucedía en la injuria, nos encontramos que la mera actividad no basta para consumir el tipo, sino que deberá causar el resultado de lesionar la dignidad de otra persona, y ello sucederá cuando se consiga la publicidad – aun mínima e incluso cuando únicamente llegue a conocimiento del ofendido– del hecho o expresión difamatoria (VIVES ANTÓN).

c. La exceptio veritatis

La *exceptio veritatis* en el delito de injurias tiene un alcance muy limitado, pues el hecho de probar la veracidad de la afirmación difamatoria no excluye la

responsabilidad penal al ser opiniones o juicios de valor negativos frente a otra persona, pues de otro modo daría carta blanca al insulto refrendado por circunstancias objetivas - insultar a una persona que le falta una pierna y utiliza una prótesis con apelativos como “tullido”, “medio hombre”, etc. no se castigaría si pudiese acreditarse que esos apelativos ofensivos responden a la realidad -.

Por ello, el artículo 210 CP limita la *exceptio veritatis* en el delito de injurias a la imputación de hechos cuando estos se dirijan contra funcionarios sobre hechos concernientes al ejercicio de cargos o referidos a la comisión de infracciones administrativas.

VI. Concursos

Es habitual encontrarnos ante supuestos en los que las expresiones vertidas son constitutivas de calumnias e injurias. En esos supuestos se aplicará el concurso de normas y el principio de especialidad en favor de la calumnia. El concurso de normas se puede plantear con otros tipos penales que protegen el honor de determinadas personas especialmente protegidas. En estos supuestos se aplica también el principio de especialidad y se castigará por el tipo penal que, protegiendo el honor, concreta específicamente al sujeto pasivo del mismo.

- 173.4 CP, Injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173 CP.
- 490.3 y 491 CP, Calumnia o injuria al Rey, a la Reina o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe o a la Princesa de Asturias.
- 496 CP Injuria a las Cortes Generales o a una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, hallándose en sesión, o a alguna de sus Comisiones en los actos públicos en que las representen
- 504.1 CP Calumnia o injuria al Gobierno de la Nación, al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Tribunal Supremo, o al Consejo de Gobierno o al Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma.
- 504.2 CP Injuria a los Ejércitos, Clases o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad.
- 505.2 CP Calumnia o injuria a los miembros de corporaciones locales.
- 612.3 CP Injurias graves vertidas con ocasión de conflicto armado a cualquier persona protegida.

La calumnia y la denuncia falsa (art. 456 CP) pueden converger en una misma acción cuando la falsa imputación de hechos delictivos se presenta ante una autoridad que tenga la obligación de investigar. En estos casos, la denuncia falsa no afecta sólo al honor de otra persona, sino también al buen funcionamiento de la administración de justicia, por lo que se aplicaría el concurso de normas en favor del tipo delictivo de denuncia falsa.

El concurso de delitos se puede producir cuando una misma persona injuria o calumnia a distintas personas. Si lo lleva a cabo en actos espacio temporalmente separados, se apreciaría el concurso real de delitos, pero si una misma expresión afecta al honor de varias personas, nos encontraríamos ante un concurso ideal.

Ej. Juan injuria gravemente a Luis el lunes; el martes calumnia a Juana en Twitter y el miércoles injuria gravemente a Rosa en un programa de Radio. Concurso real.

Ej. Juan publica una noticia en Facebook donde injuria gravemente a Luis, a Rosa y a Juana por haber obtenido un puesto de trabajo al que él optaba. Concurso ideal.

VII. Continuidad delictiva

La continuidad delictiva del delito de calumnia se produce cuando el delito imputado sea el mismo y se realiza contra la misma persona y en las mismas circunstancias de un modo reiterado (STS 192/2001, de 14 de febrero). Si a la calumnia se añaden expresiones injuriosas, éstas quedan absorbidas por aquélla si guardan relación entre ellas.

Ej. Un famoso locutor de radio, todas las mañana calumnia e injuria a un periodista al que tiene envidia

VIII. Prescripción y requisito de procedibilidad

Los delitos contra el honor son el paradigma de los delitos privados, y ello conlleva a que para que se pueda iniciar un procedimiento penal por estos delitos se haya de interponer querrela por la persona ofendida (art. 215. 1 CP). No obstante, el CP permite proceder de oficio cuando la ofensa se dirija contra un funcionario público, autoridad o agentes por hechos relacionados con el ejercicio de su cargo (215.2 CP), lo que supone según VIVES ANTÓN la reintroducción subrepticia del delito de desacato. Si la calumnia o injuria comete durante un juicio, se necesitará la previa autorización del juez que conoció la causa donde se produjeron las expresiones ofensivas para iniciar una acción penal.

Se ha de tener en cuenta que para que una querrela por injurias o calumnias contra particulares sea admitida a trámite, previamente se ha de haber celebrado, o haber intentado celebrar el querellante, un acto de conciliación (art. 804 LECr). Este acto de conciliación representa una oportunidad para que el ofensor se retracte y se arregle la divergencia sin tener que acudir a la jurisdicción penal.

Este requisito de procedibilidad es importante, pues el plazo de prescripción del delito de calumnia e injurias es de un año, de conformidad con el artículo 131.1 CP. Este plazo se interrumpe cuando el procedimiento se dirige contra el culpable, surgiendo la duda recurrente de si el acto de conciliación previo – que se celebra en la jurisdicción civil al ser un acto de jurisdicción voluntaria – interrumpe o no la prescripción del delito.

A pesar de que existen resoluciones de algunos juzgados que consideran que el acto de conciliación interrumpe la prescripción penal, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es contraria a tal interpretación. Tal y como recuerda la SAP de Asturias nº 98/1997, de 27 de abril: *el único procedimiento susceptible de interrumpir la prescripción conforme al apartado segundo del artículo antes citado es el procedimiento penal, condición que no tienen los actos de conciliación, como así se recoge expresamente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1992, recurso 1488/1991 , en donde se dice que «la actual interpretación estrictamente penalista y de derecho sustantivo de la prescripción, trata de emanciparla de criterios privatistas, de modo que siendo la prescripción una causa extintiva de la responsabilidad,*

a los términos de la regulación penal hemos de atenernos, y si el artículo 114 del Código Penal dice que la prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento se dirija contra el culpable, el acto de conciliación, si bien necesario para presentar la querrela por calumnia o injuria (art. 804 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), se muestra ajeno al inicio del procedimiento contra el culpable».

IX. El perdón del ofendido

Al encontrarnos ante un delito privado, el artículo 215.3 CP reconoce el carácter exoneratorio del perdón del ofendido, o de su representante legal, con las especialidades que se regulan en el artículo 130. 1. 5º CP en relación con la forma de otorgarlo y la protección reforzada en los delitos cometidos contra menores de edad.

X. Atenuante por retractación

El artículo 214 CP contempla la atenuación potestativa de la pena en un grado cuando el acusado de calumnia o injuria reconozca ante el juez la falsedad, o falta de certeza de las afirmaciones ofensivas, y se retracte de ellas. El juez ordenará que entregue testimonio de la retractación al ofendido, y si éste lo solicita, ordenará su publicación en el mismo medio que se publicó la ofensa. Asimismo, el artículo 216 CP contempla como método específico de reparación del daño la publicación de la sentencia a costa del condenado.

XI. Pena específica por precio, recompensa o promesa

Cuando el delito contra el honor sea cometido por precio, recompensa o promesa se impondrá además de las penas contempladas, las de inhabilitación especial. El precio ha de ser específico para la comisión del delito, sin que pueda entenderse que el delito cometido en el ámbito del ejercicio profesional – periodista, abogado, etc. – se ha realizado “por precio” porque se recibe una contraprestación por la prestación de servicios profesionales.

XII. Supuestos prácticos

1) Rosa le pide 10.000 € a Pedro. Pedro se los presta, con la condición de que se los devuelva al año. Transcurrido ese tiempo, Rosa no devuelve el dinero. Pedro, enfadado, publica en Facebook que Rosa es una morosa.

2) María escucha como todas las noches ladra el perro de su vecina. Harta de la situación, publica en el tablón de anuncios de la comunidad de propietarios que su vecina es una maltratadora de perros y que todas las noches pega al animal, con la esperanza de que su vecina se deshaga del perro.

3) Mariano contrató a Isabel como su abogada, para que le defendiese en un procedimiento penal. Al ser Mariano condenado, este se enfada con su abogada y publica en internet y en LinkedIn que Isabel es muy mala profesional y advierte que nadie la contrate, pues perderá seguro el caso.

4) Pedro recibe un whatsapp en el que Adolfo imputa un hecho delictivo a un conocido político. Pedro reenvía ese wasap a todos sus contactos, sin incluir ningún tipo de comentario. La imputación del hecho delictivo era falsa.

5) Una conocida revista del corazón publica una entrevista en la que el entrevistado (Manuel) vierte expresiones de descrédito contra una conocida periodista, del tipo “se inventa las noticias”, “es una corrupta”, “ha plagiado su última novela”, “ lo que más le gusta es mantener sexo con menores de edad”. Tras la publicación de la entrevista, Manuel fallece. ¿Tendría alguien más responsabilidad penal?

6) Sonia es abogada y actúa como acusación particular en un caso de estafa contra Marcos. En la calificación definitiva expone al tribunal las evidencias por las que Marcos ha cometido un delito de estafa y solicita una pena de prisión de 4 años. Finalmente Marcos es absuelto.

7) Josefina tiene fotos con contenido sexual de su pareja, Amalia. Al romper su relación, Josefina publica esas fotos en internet para hacer daño a la reputación de Amalia.

8) José publica en su página web noticias falsas sobre Ester, la alcaldesa de su pueblo. En varias noticias se le imputa a esta la comisión de hechos delictivos. Ester interpone una querrela y en el juicio oral, José se retracta. ¿Por qué delitos se seguiría la causa y qué efectos tiene la retractación?

9) Marta, celosa de su amiga Mónica, se dedica a difundir bulos sobre su actividad privada, diciendo a otras personas que se dedica estafar a sus clientes, que no tiene moral y que ya ha sido condenada varias veces. Todo ello es falso. Mónica se entera e interpone una querrela contra Marta. Tras esto, Marta se arrepiente y le pide perdón y Mónica la perdona. ¿Qué efectos tendría ese perdón al ponerlo en conocimiento del juzgado?

10) Eustaquio publica un verso satírico sobre Manuel, un poeta al que detesta. El verso (que tiene mucha repercusión pública) decía así:

Es macarra y aburrido,

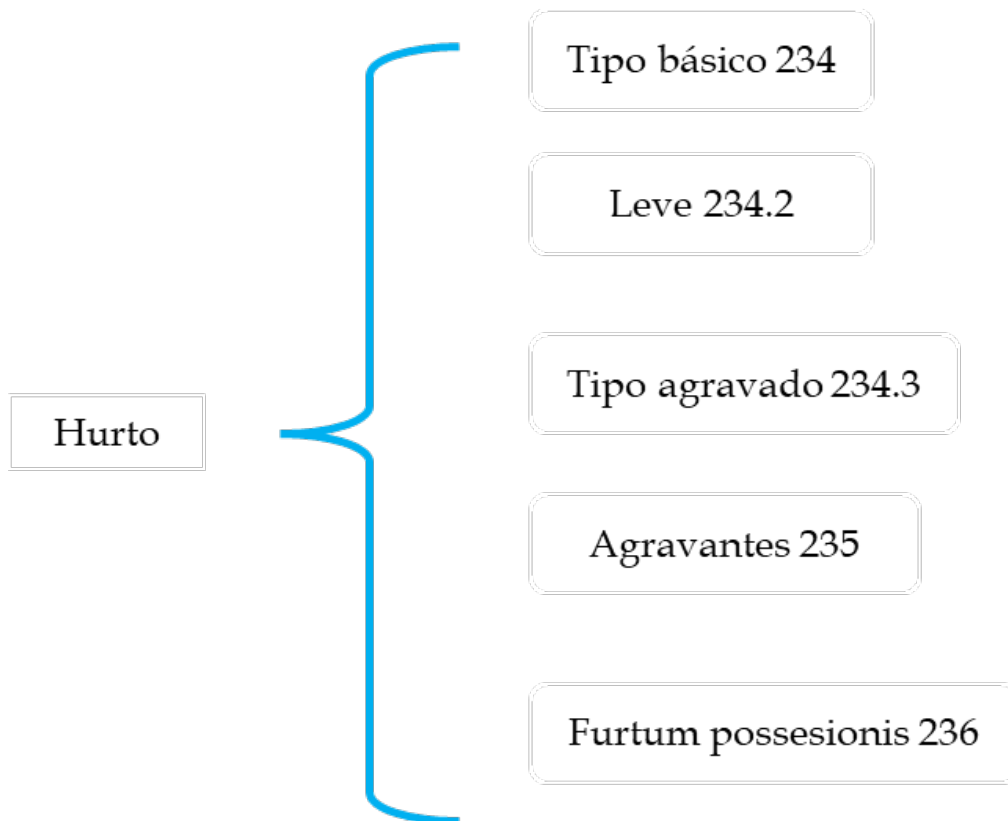
estúpido, soez y entrometido.

Su poema es hilarante,

Y su verso, extravagante.

Delitos contra la propiedad y la posesión

Hurto



I. Esquema de la conducta típica

El delito consiste básicamente en apoderarse o tomar + con ánimo de lucro + de una cosa mueble ajena

II. Elementos típicos

a) Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido del delito de hurto, según la doctrina mayoritaria, es la propiedad, tal y como se encuentra definida en el artículo 348 CC - *derecho a gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes*. Ello determina que sólo aquel que sea propietario de la cosa podrá ser sujeto pasivo del delito, y que el consentimiento de éste para el apoderamiento de la cosa eliminará la tipicidad de la conducta (que se habrá de cometer *sin la voluntad del dueño*). Existe un sector doctrinal (MUÑOZ CONDE, RODRÍGUEZ RAMOS) que identifica a la posesión como el objeto jurídico de protección, e incluso una tesis mixta (GARCÍA ARÁN) que defiende que en lo objetivo el delito afecta a la posesión, pero requiere la tendencia subjetiva de negar la propiedad.

En mi opinión, el delito ataca directamente al derecho de propiedad del objeto, con independencia de que afecte, de manera necesaria a la posesión del mismo, ya sea la del propietario, ya sea la de un tercero que disfruta de la cosa por cesión o por algún otro tipo de negocio jurídico.

b) Sujeto activo

Cualquier persona puede cometer este delito en concepto de autor (salvo el dueño de la cosa), por lo que nos encontramos ante un delito común.

c) Sujeto pasivo

El sujeto pasivo será el propietario de la cosa, por ser el titular del bien jurídico protegido. No obstante, puede suceder que el sujeto que sufre la acción sea un tercero al cual también se le ataca su legítimo derecho de posesión.

Ejemplo: *A le deja su ordenador a B para que acabe un trabajo de clase. B deja el ordenador sin custodiar un momento y C se apodera de éste.* El sujeto pasivo sería A, y la víctima (y también perjudicado) del delito sería B. (Si se optase por defender la posesión como bien jurídico, B sería el sujeto pasivo).

d) Objeto material

Cosa mueble ajena.

Cosa mueble: Según el Código Civil (art. 335) se consideran bienes muebles *aquellos que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieran unidos.* Comúnmente se definen como los objetos que son aprehensibles, transportables y evaluables económicamente.

La definición del Código Civil es atendible sólo en parte y únicamente para los delitos de hurto (donde no se utiliza la fuerza en las cosas) pues podría suceder que la cosa que se aprehende sea mueble por haberla arrancado previamente del lugar donde estaba sujeta (*A arranca la caja fuerte que estaba incrustada en un muro y se la lleva para abrirla en su casa*). El hecho que se haya dañado el bien inmueble al que pertenecía no elimina la consideración del objeto apoderado como cosa mueble, pero al haberse utilizado, necesariamente la fuerza para arrancarla, el hecho podría ser calificado como robo.

Quedarían fuera del objeto material aquellos elementos susceptibles de utilización que no resultan aprehensibles, como las ideas, la energía, el calor, etc., cuya apropiación se castiga en tipos específicos (defraudación de fluidos eléctricos o delitos contra la propiedad intelectual).

Ajena: La cosa ha de tener un propietario, un poseedor o un tenedor de hecho, lo que implica falta de titularidad dominical del sujeto activo y la correlativa titularidad del sujeto pasivo. Por tanto, no son susceptibles de ser objetos materiales típicos la *res nullius* (cosa de nadie), *res derelicta* (cosa abandonada) ni *res communes omnium* (cosas de todos).

Valor de la cosa: Hasta la reforma de la LO 1/2015, el valor de la cosa operaba como una condición objetiva de punibilidad, pues el delito de hurto sólo se podía cometer frente a las cosas muebles ajenas con un valor superior a 400 €. Si el valor era inferior, el hecho se castigaba como falta (antiguo art. 623 CP). Con la reconversión de la mayoría de las faltas en delitos leves, se ha producido una expansión de la punibilidad de conductas sin auténtica relevancia penal.

Ello ha ocurrido con el hurto, pues tras haberse reformulado el límite de 400 €, que ahora sirve para castigar con mayor o menor pena el mismo delito, el valor económico de la cosa no puede identificarse como una condición objetiva de punibilidad. De este modo, cualquier apoderamiento de un bien

mueble ajeno, por nimio que sea el valor, o incluso si careciere de valor económico, pero sí tuviere para su dueño un valor sentimental, podría ser considerado como objeto material del delito. El límite de 400 € servirá para ubicarlos en el apartado 1º o 2º del artículo 234 CP

Consciente de ello, y para intentar evitar el castigo de conductas sin verdadera relevancia penal (piénsese en el apoderamiento de un bolígrafo común) el artículo 963.1 LECrim establece que se acordará el archivo y el sobreseimiento de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal a la vista de las siguientes circunstancias:

- ✓ El delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias y las personales del autor.
- ✓ No exista un interés público relevante en la persecución del hecho. En los delitos leves patrimoniales se entenderá que no existe interés público en su persecución cuando se hubiera procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado.

No obstante, esa facultad del Ministerio Fiscal de solicitar el sobreseimiento (potestativa) es un aspecto procesal de los delitos leves, que no afecta a la idoneidad para que un bien mueble de escaso valor pueda ser considerado objeto material del delito de hurto.

Por otro lado, la valoración de la cosa puede resultar problemática en distintos supuestos:

Títulos valores/billetes de lotería, tren, ...: En los casos en donde el objeto de apoderamiento sea un documento que incorpore un derecho de cobro o de uso con la mera presentación (cheque al portador, un billete de tren, décimo de lotería premiado) el valor de la cosa se calculará respecto al derecho que es directamente exigible y realizable. (*A se apropia de un cheque al portador de B, y lo presenta al cobro, obteniendo 10.000 €*). No obstante, en los supuestos que el título incorpore un derecho que, para hacerse realizable exija una negociación normalmente acompañada de una maquinación engañosa, el valor será el de la cosa, pues se estará ante otro tipo de delito como el de estafa (*A se apropia de un cheque nominativo de B. A modifica su DNI y se presenta a cobrarlo en el banco, convenciendo al empleado de que es B y pudiendo cobrar el cheque*).

Res extra commercium: La jurisprudencia permite que un objeto con el que no se puede comerciar (sangre, órgano, drogas, animales protegidos, ...) pueda constituir el objeto material del delito de hurto.

STS de 7 de junio de 2012. *En cuanto a la posibilidad de considerar delito de robo la sustracción de drogas empleando fuerza en las cosas, la jurisprudencia de esta Sala ha entendido que el que los objetos sustraídos sean de ilícito comercio no impide la calificación de los hechos como robo. Así, en la STS nº 45/2011 (RJ 2011, 1942), se decía que el que las cosas sustraídas sean de ilícito comercio "...no impide considerar vulnerado el bien jurídico protegido por el tipo que es la propiedad. En este sentido la jurisprudencia tiene declarado que son ajenas las cosas extra commercium como ocurre con las drogas, sin que haya que ceñir el concepto legal a las cosas de lícito comercio, que los objetos de comercio o tráfico intervenido por una reglamentación legal que los excluya del comercio normal, como ocurre con las drogas o estupefacientes, pueden ser objeto de los delitos de hurto y robo, aunque su tenedor lo sea ilegalmente o contrario a la norma legal, en cuanto*

que es materia susceptible de propiedad, y ello implica el carácter ajeno que tiene para el sujeto activo de la infracción (SSTS. 21.6.82 (RJ 1982, 3565) , 26.1.84 (RJ 1984, 415)).

e) Conducta típica

La acción típica se concreta en tomar, como sinónimo de apoderarse y desposeer a un tercero de un bien mueble. La conducta típica conlleva un resultado, que es la plena disponibilidad de la cosa como si se fuese el dueño. Ha de haber una acción de apoderamiento ilícita, pues si la cosa se encuentra o un tercero se la deja olvidada, no se estaría en el ámbito del hurto, sino de la apropiación indebida del artículo 254 CP.

SAP Madrid (Sección 30) 5 de diciembre de 2014 . El acusado no sustrajo, en los términos del art. 234 CP , un objeto que poseía el denunciante (por ejemplo, al descuido). Se dio cuenta de que el testigo olvidaba dicho objeto, que pasaba a la condición de cosa perdida y, en lugar de advertir al perjudicado o informar lo más pronto posible a sus superiores de lo sucedido, resolvió quedarse con el contenido de la funda, que era la cantidad de efectivo antes mencionada.

La conducta que se reprocha en este tipo penal no se centra en el "hallazgo" sino en "la no devolución de la cosa perdida hallada" De ahí que la conducta tipificada en el artículo 253 se incardine en la Sección 20 del Capítulo Sexto bajo la rúbrica de la apropiación indebida , conjuntamente con la apropiación indebida llamada por la doctrina propia del artículo 252 del Código Penal , ya que en ambos casos la inicial posesión no es ilícita, como lo es en el hurto o en el robo. El TS ha declarado que la cosa debe reputarse pérdida cuando por su naturaleza u ostensible valor, no sea creíble que hubiere sido abandonada por su dueño."

En el hurto, se puede identificar un elemento negativo del tipo en la exigencia de que la conducta se lleve a cabo *sin la voluntad del dueño*. Ello conlleva a que, si existe voluntad del dueño, la conducta se convierte automáticamente en atípica (A le dice a B que le deja su móvil el fin de semana. B se lo lleva a casa y cuando lo descubre su madre llama a, y este le confirma que se lo ha prestado).

Por otro lado, y aunque expresamente no se incluye en el tipo, se ha de tener claro que el delito de hurto se comete sin fuerza en las cosas y sin violencia o intimidación en las personas, pues en el momento que al apoderamiento se le sume alguno de estos dos elementos, estaríamos ante la presencia de un robo y no de un hurto.

f) Elemento subjetivo

El delito de hurto se ha de cometer con dolo. No se castiga el hurto imprudente, aunque sea habitual que se pueda cometer (A recoge su jersey rojo en una discoteca. Cuando llega a casa se da cuenta que no es el suyo, sino otro muy parecido). El dolo ha de abarcar el conocimiento de que se trata de una cosa mueble **ajena** (no abandonada y sin dueño) y que no se cuenta con el consentimiento del dueño para disponer de la misma.

Junto al dolo se exige como elemento subjetivo del injusto el ánimo de lucro, como finalidad del sujeto activo de obtener algún tipo de ventaja como resultado de la apropiación de la cosa. No tiene por qué ser económica, sino que incluso puede ser interpretado como satisfacción personal (*hurta a los ricos para dárselo a los pobres*).

El ánimo de lucro se conceptúa jurisprudencialmente como *sinónimo de cualquier provecho, beneficio, ventaja o utilidad que se propone el agente, incluso las meramente contemplativas, de liberalidad o de ulterior beneficencia que pueda derivarse de la apropiación del objeto (a título de ejemplo, SSTS 12 de mayo y 29 de septiembre, y 21 de octubre de 1981, 28 de septiembre de 1982, y 18 mayo 1994), aunque no es preciso que se logre el lucro pretendido*

Si la finalidad es distinta – hurtar para destruir el bien o inutilizarlo – se podrá haber cometido otro tipo de delito, pero al faltar el elemento subjetivo característico del hurto la acción quedaría extramuros del tipo penal.

En la práctica opera la presunción de que el apoderamiento de una cosa ajena con valor económico conlleva el ánimo de lucro, salvo prueba en contrario (STS 29 enero 1986).Según la STS 20 de marzo de 1990. *El ánimo de lucro se presume siempre en todo indebido o no justificado apoderamiento de cosa ajena, y que si no demuestra que era otro el propósito del agente es racional entender que en su comportamiento de apropiación de bienes de pertenencia de otra persona medía ánimo de lucro.*

g) El iter criminis

Al estar ante un delito de resultado basado en el apoderamiento de la cosa ajena, resulta determinante concretar cuándo se produce la consumación del delito. Históricamente se han propuesto varias teorías para establecer el momento de la consumación:

- I. *Contrectatio*: La consumación se produce con el mero contacto con la cosa (normalmente al cogerla).
- II. *Illatio*: La consumación se produce cuando la cosa ha sido incorporada al patrimonio del sujeto activo.
- III. *Ablatio*: Desde el desplazamiento de la cosa.

Actualmente, la tesis que más se maneja por doctrina y jurisprudencia se encuentra cercana a la última citada, en una fórmula que podríamos denominar teoría de la “disponibilidad potencial”: **el hurto se consuma cuando el sujeto tiene la posibilidad, por mínima que sea, de disponer de la cosa como dueño, sin necesidad de que se lucre efectivamente.**

Como recuerda la SAP de Pontevedra (Sección 1ª) de 22 de octubre de 1998 (ARP 1998\4894): *la discutida cuestión del momento consumatorio en los delitos contra la propiedad en sus modalidades de robo o hurto ha sido resuelta por el Tribunal Supremo declarando que: a) el paso de la frustración, a la consumación, radica en el hecho de la disponibilidad de la cosa mueble apropiada o sustraída que ha de interpretarse más que como efectiva disposición real, que entraría en fase de agotamiento del delito, como potencial capacidad de disposición al quedar o estar la misma en condiciones de poder ejercitar sobre ella cualquier acto de dominio material; b) que en los supuestos de flagrante delito, si éste es sorprendido «in situ» y se produce la ocupación del objeto o cosa sustraída, es evidente que el perjudicado no queda despojado de su propiedad sobre ésta ya que el sujeto activo carece de posibilidad de lugar la desposesión iniciada (S. 23 febrero 1984 [RJ 1984 \1162]).*

Y la Sentencia de 7 octubre 1985 (RJ 1985 \4784), matiza que la consumación se origina en los delitos de robo: 1.º) Basta con que la disponibilidad lo sea sólo de una parte de lo sustraído; 2.º) Que también es suficiente con que esa disponibilidad dure, fugazmente, breves instantes, con tal de que el «ius disponendi», no ofrezca duda alguna, razón por la cual aparece frustrada la infracción si el presunto autor es sorprendido «in fraganti», o es detenido poco después de la apropiación, después

de constante y pertinaz persecución durante la que el agente no llegará nunca a ser perdido de vista; 3.º) Que como es indiferente el hecho de que el autor de la sustracción llegue o no a aprovecharse de lo indebidamente apropiado claro es que la consumación persistirá aunque el autor del delito se le sorprenda poco después de haber tenido para sí una verdadera disposición o capacidad de disponer; y 4.º) Que esa disposición se condensa, resumidamente, en que el «poder de hacer», posible, ideal o real significa tener la cosa mueble a expensas de la voluntad del delincuente, fuera del control de su legítimo dueño (Doctrina recogida también en la Sentencia de 22 abril 1997 [RJ 1997\3257]).

En consecuencia, si el sujeto activo es detenido inmediatamente después de la sustracción, o es perseguido ininterrumpidamente desde que se apodera de la cosa hasta su detención, se consideraría que el delito aún se encuentra en fase de tentativa; pero si la persecución se interrumpe, y el sujeto en algún momento puede disponer de la cosa, entonces se interpreta que el delito se ha consumado.

Normalmente, se entiende que la tentativa comienza con el contacto físico con la cosa, aunque en ocasiones se adelanta al momento del contacto cuando el sujeto entra en un lugar y realiza actos inequívocos dirigidos a la sustracción de la cosa (por ejemplo, entrar en un coche o en una casa ajena para apoderarse de las cosas de su interior).

III. Conductas típicas en particular

a. Tipo básico: 234.1 CP

Tipo básico del delito. Castiga el apoderamiento de una cosa mueble ajena, con ánimo de lucro, cuando el valor de lo sustraído supere los 400 €.

b. 234.2 CP (Antigua falta de hurto)

Se atenúa la pena (multa de 1 a 3 meses) si la cuantía de lo sustraído no excede de 400 €, siempre y cuando no concurra alguna de las causas agravantes del artículo 235 CP. La Ley Orgánica 9/2022, de 29 de julio ha incluido un último párrafo para castigar la multirreincidencia, sin aplicar el tipo agravado del artículo 235 CP. Así, establece que: *No obstante, en el caso de que el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este Título, aunque sean de carácter leve, siempre que sean de la misma naturaleza y que el montante acumulado de las infracciones sea superior a 400 €, se impondrá la pena del apartado 1 de este artículo.*

Es decir, que si una persona ha sido condenado previamente por tres hurtos leves, el cuarto que cometa se castigará con la pena del tipo básico, siempre que sumadas todas las cantidades superen los 400 €.

c. 234.3 CP (Nueva agravante)

Agravante relativa a los dispositivos de alarma o seguridad: *Las penas establecidas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando en la comisión del hecho se hubieran neutralizado, eliminado o inutilizado, por cualquier medio, los dispositivos de alarma o seguridad instalados en las cosas sustraídas.* Es necesario que el dispositivo de alarma o seguridad se halle instalado “en” la cosa no bastando un sistema que proteja los bienes de

forma general (alarma en un comercio). Este tipo de actos – como se verá a continuación – no encajan en la descripción normativa de robo con fuerza en las cosas, y al ser una conducta con mayor desvalor acción (neutralizar una alarma incrustada en el dispositivo) se castiga el hurto de un modo agravado.

Ej. María entra en una tienda de ropa, arranca el dispositivo de seguridad que está pegado a una camiseta y sale por la puerta sin que se detecte la sustracción.

d. 235 CP Tipo agravado

La pena se agrava a la prisión de 1 a 3 años cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias.

1. Sustracción de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico: El objeto material han de ser bienes que requieren una especial protección (en el caso de las de valor artístico, histórico y cultural, por expreso mandato constitucional: art.46 CE).

La protección penal especial operará cuando exista una previa declaración administrativa de su interés cultural, así como la necesidad de que sean inventariados como bienes especiales, de acuerdo con la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, pero sin que sea necesario este requisito en los supuestos en los que tal valor se aprecie judicialmente, aunque no haya sido objeto de formal declaración administrativa.

Como recuerda la SAP de Alicante (Sección 2ª) de 18 de febrero de 2008, en relación con el apoderamiento de dos ánforas romanas: Como manifiesta la sentencia de esta Sección segunda de 14 de abril del 2.002 se comete el delito previsto en el artículo 235.1 del Código Penal en relación a obras de carácter histórico-artístico, cuando el bien aparezca inventariado o declarado de interés cultural en los términos establecidos en la Ley de 25 de junio de 1985 relativa al Patrimonio Histórico Español o resulte acreditado en el plenario que los objetos afectados por el hurto ostentan un valor histórico artístico que justifique la aplicación del reiterado precepto (dicho criterio aparece reflejado en una nutrida Jurisprudencia de la que son ejemplo las SSTs de 12 de julio de 1988, 12 de noviembre de 1991 y 14 de septiembre de 1992). En este caso ha quedado acreditado de la pericial practicada que se trata del expolio de material de indudable valor histórico y cultural al tratarse de la sustracción de ánforas del tipo conocido como Dressel 7-11 de una nave mercante romana hundida.

2. Sustracción de cosas de primera necesidad y causación de una situación de desabastecimiento. Se consideran cosas de primera necesidad las destinadas a satisfacer necesidades humanas primarias o elementales, tales como alimento, vestido, vivienda o medicamentos y la situación de desabastecimiento se produce cuando se dificulta extraordinariamente o se impide la satisfacción

de la necesidad a la que normalmente se aplica la cosa hurtada.

3. Cuando se trate de conducciones, cableado, equipos o componentes de infraestructuras de suministro eléctrico, de hidrocarburos o de los servicios de telecomunicaciones, o de otras cosas destinadas a la prestación de servicios de interés general, y se cause un quebranto grave a los mismos.
4. Cuando se trate de productos agrarios o ganaderos, o de los instrumentos o medios que se utilizan para su obtención, **siempre que el delito se cometa en explotaciones agrícolas o ganaderas** y se cause un **perjuicio grave** a las mismas.
5. Especial gravedad del hurto, atendiendo al valor de los efectos sustraídos o a la especial consideración de los perjuicios ocasionados.

El valor se obtendrá de acuerdo con al precio de mercado de la cosa en el momento de su sustracción. El CP no establece una cantidad concreta, pero existe copiosa jurisprudencia que establece como especial gravedad el valor superior a 36.000 € (STS 1034/2007), aunque pueden encontrarse sentencias donde el valor es inferior. Los perjuicios ocasionados deberán valorarse tomando en consideración el daño causado y el lucro cesante, pertenecientes al ámbito de la responsabilidad civil.

6. Causación de una grave situación económica a la víctima o a su familia o abuso de las circunstancias personales de la víctima o de su situación de desamparo, o aprovechando la producción de un accidente o la existencia de un riesgo o peligro general para la comunidad que haya debilitado la defensa del ofendido o facilitado la comisión impune del delito.

En esta ocasión, se habrá de valorar la situación concreta en que se ha dejado a la víctima tras el hurto, de acuerdo con sus circunstancias. (Ej. No se valorará igual hurtar una bicicleta a una persona acomodada que a un pastor que la utiliza todos los días para ir a ordeñar sus cabras y no tiene otro medio de transporte).

El abuso de circunstancias personales con la víctima se produce cuando existe una situación de desequilibrio entre ésta y el sujeto activo (por ejemplo, en el caso de que la víctima sea un discapacitado, un anciano, un niño...).

En la tercera modalidad no es necesario que se cause desamparo a la víctima, sino que basta con aprovechar la producción de un accidente. Asimismo, cuando se aprovechen situaciones de calamidad pública (terremotos, apagones, inundaciones, etc.) que debilitan la defensa de los bienes o facilitan la impunidad del delincuente.

7. Cuando al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este Título, siempre que sean de la misma naturaleza. No se tendrán en cuenta antecedentes cancelados o que debieran serlo. Forma de atacar la multirreincidencia de delitos leves. LA STS de 28 de junio de 2017 (nº 48/2017) (cuenta con un voto particular suscrito por 6 magistrados) concluyó que no son computables los delitos leves, interpretando conjuntamente este artículo con el 22.8 CP del modo siguiente: *Así las cosas, para interpretar los arts. 234 y 235 del C. Penal en un sentido que resulte congruente el concepto de multirreincidencia con el concepto básico de reincidencia y que se respete al mismo tiempo el principio de proporcionalidad de la pena, ha de entenderse que cuando el texto legal se refiere a tres condenas anteriores éstas han de ser por delitos menos graves o graves, y no por delitos leves.* Y ello porque ése es el criterio coherente y acorde con el concepto básico de reincidencia que recoge el Código Penal en su parte general, y porque, además, en ningún momento se afirma de forma específica en los arts. 234 y 235 que las condenas anteriores comprendan las correspondientes a los delitos leves. Precisamente, la reforma operada por la Ley Orgánica 9/2022 – véase que en la exposición de motivos el legislador hace expresa mención a esta interpretación jurisprudencia – lo que consigue es castigar la multirreincidencia de los delitos leves vía artículo 234.2 CP, aplicando la pena del tipo básico cuando esta concurre y descartando acudir a la pena del artículo 235 CP en estos casos.

8. Cuando se utilice a menores de 16 años para la comisión del delito. Abarca todos los supuestos en los que se haga intervenir a un menor.
9. Cuando el culpable o culpables participen en los hechos como miembros de una organización o grupo criminal que se dedicare a la comisión de delitos comprendidos en este Título, siempre que sean de la misma naturaleza.

e. Hiperagravante- 235.2 C.P

La pena señalada en el apartado anterior se impondrá en su mitad superior cuando concurrieran **dos o más** de las circunstancias previstas en el mismo.

IV. Furtum possessionis. 236 CP

El artículo 236 tipifica específicamente el **hurto de la posesión**, castigando al que, siendo dueño de una cosa muebles, o actuando con el consentimiento de éste, la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de un tercero. Si el valor de la cosa no excediere de 400 € se impondrá una pena de uno a tres meses (delito leve).

Lo que en este caso se ataca es la legítima posesión de una cosa (*A tiene un vehículo arrendado a B por un año. A los 6 meses A decide recuperar el vehículo y utilizando sus llaves se lo lleva a su casa en contra de los intereses de B*).

Este delito se considera especial propio, pues sólo puede cometerlo el *dueño de la cosa o quien actúe con consentimiento de éste*, (sujeto activo). El bien jurídico protegido es la posesión (a diferencia del valor protegido en el hurto propio), y el sujeto pasivo será el *legítimo poseedor de la cosa*. El objeto material será una cosa mueble, pero en este caso no ajena, ya que es el propietario de la cosa el que comete el delito.

V. Causa de justificación: El hurto famélico

La comisión de un hurto por la necesidad de conseguir bienes primarios para la subsistencia (comida y ropa) es denominado *hurto famélico*, que no deja de ser la aplicación del estado de necesidad del artículo 20.5 CP El principal problema radica en probar que se han agotado todos los medios lícitos para poder sobrevivir, aunque la jurisprudencia, en ocasiones donde el objeto material del hurto resultan claramente bienes primarios, rebaja la exigencia de dicho requisito.

La SAP de Madrid (Sección 2ª) estimó el estado de necesidad en el hurto de 9 kilos de arroz cometido por dos ciudadanas ecuatorianas con cuatro hijos menores. La Sentencia (17/9/2004 - ARP 2004/592) fundamenta su decisión del modo siguiente: *Hay que remontarse mucho en el tiempo para hallar un precedente jurisprudencial que contemple un supuesto como el que nos ocupa; puede citarse la STS de la Sala 2ª de 21-1-1986 (RJ 1986, 163) que nos da una definición del hurto necesario, miserable famélico como el que concurrirá en aquellos casos en los que se toman los bienes ajenos, sin la voluntad de su dueño para*

subvenir a las más primarias y perentorias necesidades humanas, tales como la alimentación, vestidos, habitación y asistencia médico-farmacéutica, y en los que no se halla en conflicto la vida o la propia supervivencia, con la propiedad de bienes ajenos. Continúa diciendo literalmente la referida sentencia: «Y, aun quedando, afortunadamente, distante y relativamente lejanos, los tiempos en los que, para la operancia de esta circunstancia se exigía, por este Tribunal, un previo y penoso peregrinar, en demanda de auxilio, por establecimientos, públicos y privados, de beneficencia, así como no se probara que constituían, la penuria, un peligro inminente para la vida, hallándose, el necesitado, al borde de perecer por inanición, la jurisprudencia actual exige para la estimación de esta modalidad de estado de necesidad: realidad, gravedad e inminencia del mal; que se actué a instancias o impulsos del estado de precariedad, penuria o indigencia en el que se halle el sujeto activo o su familia; que no se trate de mera estrechez económica, más o menos agobiante; que se pruebe que se han agotado todos los recursos que, en la esfera personal, profesional y familiar, podía utilizar; que no haya otra solución que la de proceder de modo antijurídico; y que, las cosas o bienes obtenidos, sean aplicados a la satisfacción de las necesidades primarias del reo o a las de su familia, sin que se haya tomado más de lo estrictamente indispensable». ... Las acusadas sustrajeron 9 kg de arroz en un supermercado ambas son ecuatorianas, se encuentran en situación de ilegalidad en España, sin trabajo, sin maridos y con 4 niños entre las dos a los que alimentar; el arroz es desde luego un alimento de primera necesidad en España, pero lo es aún más para un ciudadano ecuatoriano, porque constituye la base de su alimentación diaria. Con estos datos no es difícil concluir la realidad del estado de necesidad.

Así, los requisitos jurisprudenciales para estimar esta situación de hurto famélico son las siguientes:

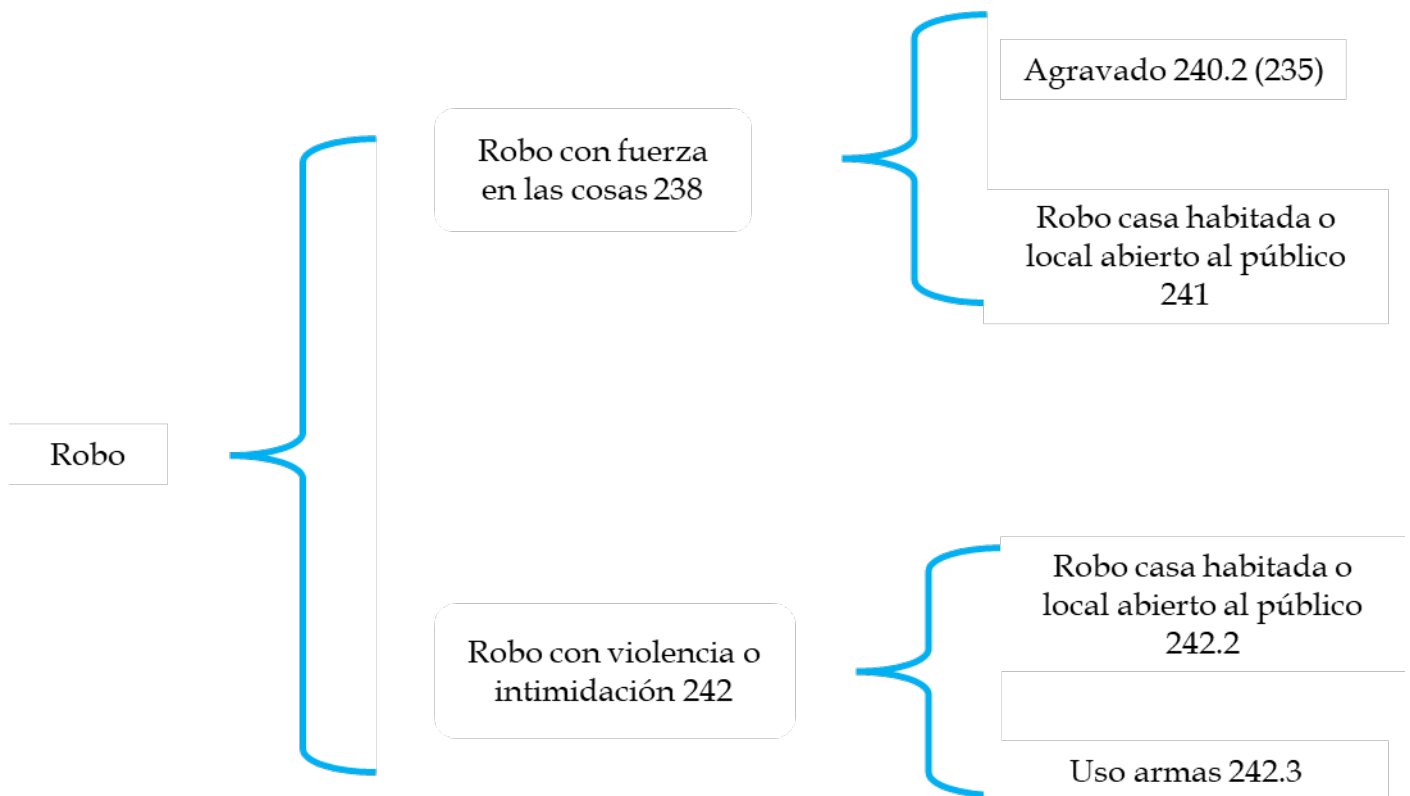
- Realidad, gravedad e inminencia del mal.
- Que se actúe debido al estado de precariedad o indigencia en que se halle el sujeto activo o su familia.
- Que no se trate de mera estrechez económica.
- Que se pruebe que se han agotado todos los recursos de la esfera personal, profesional y familiar que se podía utilizar.
- Que no haya otra solución de proceder de modo antijurídico.
- Que las cosas sustraídas se hayan utilizado para la satisfacción de las necesidades primarias.
- Que no se haya tomado más de lo estrictamente indispensable.

VI. Supuestos prácticos.

- 1) Manuel y Juan quitan las alarmas de dos pantalones vaqueros valorados en 200 € del Corte Inglés, pero cuando van a salir los atrapa el guardia de seguridad que los había visto por las cámaras.
- 2) Jorge se apropia de la bicicleta de su vecino Jacinto. Jacinto estaba en paro y utilizaba esa bicicleta para moverse por Madrid y solicitar ayudas en distintos centros, ya que no tiene ingresos para pagar el metro o el autobús y Jacinto lo sabía.
- 3) María se apropia de un tapiz que decoraba el pasillo de un hotel donde se hospeda. Tras 5 días es detenida porque ese tapiz era del siglo XVI, hecho que desconocía María.

- 4) Una cuadrilla de 5 personas entra una noche de agosto en una plantación de tomates y se llevan todos los tomates de una hectárea y dejan al agricultor en la ruina.
- 5) Manuel ha alquilado el ordenador portátil de Jaime para 2 meses. Tras el primer mes, como Jaime tiene que utilizarlo, se lo quita a Manuel de su mesa sin decirle nada.
- 6) Plácido , acudió el día 22 de Agosto de 2009, sobre las 03;30 horas aproximadamente, al domicilio sito en la CALLE000 n° NUM000 de la localidad de Madrid, en compañía de su amiga Adolfina , y con ánimo de obtener un beneficio ilícito, aprovechando la ausencia temporal de Adolfina, se apoderó en el interior del dormitorio de los padres de Adolfina de las siguientes joyas: un colgante crucifijo en oro amarillo, dos anillos en oro amarillo, una pulsera de dedo con mariposa central, un cordón y colgante cristo en oro, un escorpión, un sello cuadrado en oro cincelado con la grabación OJ, una pulsera esclava en oro con la inscripción " Romeo.

Robo



I. Esquema de la conducta típica

Hurto + fuerza en las cosas o violencia o intimidación en las personas. Súmese a todos los elementos del hurto la fuerza en las cosas o la violencia o la intimidación en las personas y se obtendrá un ROBO.

(i) Apoderarse de un bien mueble ajeno utilizando **fuerza en las cosas** para acceder o abandonar el lugar donde éstas se encuentran.

(ii) Apoderarse de un bien mueble ajeno utilizando **violencia o intimidación en las personas** para cometer el delito, para proteger la huida, o sobre las personas que acudiesen en auxilio de la víctima o lo persiguere.

II. Elementos típicos (aplicables los del Hurto)

a) Bien jurídico

Propiedad (Vid. Hurto).

b) Sujeto activo

Cualquiera (salvo el propietario de la cosa).

c) Sujeto pasivo

Propietario.

d) Objeto material

Cosa mueble ajena (vid. Hurto)

e) Conducta típica

El verbo utilizado en el artículo 237 CP es “apoderarse”, que no deja de ser una variación del verbo “tomar” del hurto, y un sinónimo de “aprehender” o “sustraer”. La diferencia con el hurto radica en los medios comisivos utilizados, que deberán incorporar **fuerza en las cosas o violencia o intimidación en las personas**. Como el hurto, son delitos de resultado, que se consuma con la disponibilidad en concepto de dueño (vis. Disponibilidad potencial).

f) Elemento subjetivo

Dolo más ánimo de lucro (vid. Hurto).

g) Iter criminis

De conformidad con el artículo 269 CP son punibles la provocación, proposición y conspiración para cometer los delitos de robo. Se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados.

III. Conductas típicas en particular

a. Robo con fuerza en las cosas. 238 CP

La fuerza en las cosas se puede utilizar para acceder o abandonar el lugar donde se encuentra el objeto material. No es típica la fuerza “en la cosa”, ello provoca en ocasiones situaciones contradictorias donde se ejerce la

fuerza en la cosa para desplazarla (puente en un coche, rotura bloqueo motocicleta, etc.).

La SAP de Madrid (Sección 4ª) de 14 de julio de 1998 lo explicaba de esta manera, en un supuesto donde se accede a un vehículo sin fuerza y se arranca la radio: *No concurre en el caso examinado ninguna de las circunstancias previstas en el art. 238 CP (anterior art. 504 CP). La existencia del delito de robo que ha sido imputado requiere el apoderamiento, con ánimo de lucro, de cosas muebles ajenas, empleando fuerza en las cosas y, para que la fuerza en las cosas definida en los referidos artículos pueda ser estimada como típica, a los necesarios efectos del principio de legalidad y de interdicción de la interpretación extensiva de las normas sancionadoras establecidos en los arts. 25 y 9.3 CE, es preciso que la fuerza se ejerza no «in re», sino «ad rem», es decir, no sobre la cosa misma, sino para el acceso a la misma; así, hay que distinguir, en el análisis del art. 504 CP, entre un «objeto- continente» y un «objeto- contenido», que es el que ha de ser objeto del apoderamiento (TS 2.ª SS. 30 noviembre 1990 [RJ 1990\9272], 17 diciembre 1991 [RJ 1991\9362] y 17 enero 1992 [RJ 1992\224]).*

En el mismo sentido, en un supuesto de rotura de candado para apoderarse de una bicicleta, la SAP de Madrid (sección 4ª) recordaba que: *Partiendo, por tanto, del relato fáctico de la sentencia de instancia, hemos de considerar, sin embargo, que los hechos declarados probados no configuran el delito de robo con fuerza por el que han sido condenados los recurrentes, en tanto que la fractura del candado de la cadena que sujetaba unas bicicletas, no integra uno de los supuestos de fuerza típicos que prevé el art. 238 C.P .*

Efectivamente, tal y como se recoge en la STS 1039/99 de 25 de junio de 1998 , "el art. 237 establece un requisito adicional al exigir que las modalidades típicas de fuerza se empleen específicamente "para acceder al lugar" donde las cosas se encuentren. El legislador ya no define el robo, diferenciándolo del hurto, mediante la exclusiva referencia al empleo de fuerza en las cosas (art. 514 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) 1973), sino que concreta el significado instrumental de la utilización de la fuerza, exigible para que ésta tenga virtualidad jurídica a fin de convertir el apoderamiento en robo: posibilitar el "acceso" al lugar donde se encuentran, debidamente protegidas, las cosas muebles ajenas. En consecuencia sólo aquellas modalidades típicas de fuerza, encuadrables en lo prevenido en el art. 238 del Código Penal 1995 , que sean utilizadas instrumentalmente en el sentido determinado por el art. 237, tienen relevancia jurídico-penal suficiente para transmutar la mera sustracción (hurto) en el delito más grave de robo".

El concepto de “fuerza en las cosas” no es descriptivo, sino normativo, y se encuentra regulado en el artículo 238 CP. Por lo tanto, sólo será fuerza en las cosas el comportamiento tipificado en dicho artículo como tal, y no otro. Se habrá de cometer el núcleo del delito – apoderarse de un bien mueble ajeno – cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:

- I. Escalamiento: acción de trepar, subir, ascender o descender valiéndose de una escala. Don Mendo lo explica del modo siguiente en la obra “La venganza de Don Mendo” de Pedro Muñoz Seca: *Por las grietas del torreón trepé cual una raposa, que eso en mi conde no es cosa que llame ya la atención. Pero como en el descenso suele más peligro haber, y yo cuando subo pienso que tengo que descender, llevo siempre a previsión una escala de guarduño, y esa es la escala, Don Nuño, que pende del torreón”.*

No obstante, la jurisprudencia otorga una interpretación más amplia, al considerar escalamiento cuando la entrada al lugar del robo se produce por una vía no destinada al efecto (ventana, chimenea, etc.). Tradicionalmente se castigaba cualquier acceso por

una vía no destinada a este fin, incluso si la misma se encontraba a ras del suelo (por ejemplo, una ventana abierta a la calle) [SSTS 22 mayo 1989 o 28 de diciembre de 1989].”; no obstante, esa interpretación se restringió exigiendo que la forma de acceder revele “una especial energía criminal”.

Así, por ejemplo, se considera escalamiento acceder a una casa saltando una valla, subiendo por un andamio, la terraza o la escalera de incendios, pero también acceder descendiendo por la chimenea o incluso cavando un túnel que comunica con el interior del lugar, pero no la superación de un muro de un metro o acceder por un balcón a nivel de calle.

STS 5 de noviembre de 2001: *Efectivamente, frente a la doctrina tradicional que estimaba escalamientos a la llegada al alcance de las cosas que se pretendían sustraer por una vía insólita o desacostumbrada, distinta del acceso natural (SS. de 11-2 [RJ 1982, 649] y 27-9-1982 [RJ 1982, 4967] , 23-1-1984 [RJ 1984, 395] , 24-1 [RJ 1985, 350] , 31-5 [RJ 1985, 2574] , y 28-6-1985 [RJ 1985, 3082] , 22-1-1988 [RJ 1988, 437] , 3-11-1989 [RJ 1989, 8543] , 2-5 [RJ 1992, 4187] , 22-9 [RJ 1992, 7212] , 28-10-1992 [RJ 1992, 8546]), una nueva doctrina manifestada, entre otras, en las sentencias de 20-3-1990 (RJ 1990, 2566) , 661/1993 de 25-3 (RJ 1993, 2550) , 586/1999 de 15-4 (RJ 1999, 2309) , 368/2000 de 10-3 (RJ 2000, 1187) , no consideró calificador de robo el escalamiento de salida o huida⁵⁸, y en cuanto al escalamiento de entrada estimó que supone la utilización de un lugar no destinado para la entrada, y además el empleo de un esfuerzo o destreza de cierta importancia, el despliegue de una energía criminal de cierta entidad, para el acceso al lugar desde se hallan los objetos que se pretenden sustraer.*

Con arreglo a la doctrina expuesta, la superación por Andrés C., joven de 24 años, del pequeño muro de un metro de altura que rodeaba la finca de Jaime A. no exigía el empleo de destreza o fuerza de importancia. No puede calificarse, por tanto, como escalamiento del núm. 1º del art. 238

- II. Fractura exterior: *Rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana.* Se ejerce la fuerza física contra los objetos materiales que impiden el acceso, o la huida, y se dañan los mismos para poder apoderarse plenamente del objeto material. Existe fractura exterior incluso cuando se desmontan las puertas o se hacen ceder los cristales, aunque si se ha conseguido la apertura por habilidad del autor, en ocasiones se castiga como hurto. Existen casos polémicos, como el corte de una cerca de espino para apoderarse de animales.

Autos TS 11 de abril 1981 (RJ 1981/629): *El hecho de penetrar en una finca cortando la cerca de alambre de espinos que la cerraba y cogiendo dos animales de raza mular y una cerda que en la misma se encontraban es constitutivo de un delito de hurto, ya que la finalidad de las alambradas de espino es primordialmente evitar la fuga de los propios animales y no el de que éstos sean sustraídos, y aunque sea su corte exponente de una marcada agresividad contra las defensas puestas por el propietario, la acción no puede ser entendida como modalidad comisiva asimilada al concepto legal de fuerza ni asimilarse a los conceptos de pared, puerta o*

⁵⁸ Doctrina aplicable al antiguo CP Tras la reforma 1/2015 se ha incluido expresamente en el art. 237 CP que la fuerza en las cosas se puede utilizar también para salir. Con anterioridad, se consideraba que el escalamiento de huida no era fuerza en las cosas.

ventana que se establece en el Código Penal. (Sentencia de 2 febrero 1982. RJ 1982\614)

SAP Asturias. 15 abril 1999 (ARP 1999/1404): ... *y en cuanto a que la acción no puede encuadrarse dentro del tipo legal descrito en el núm. 2 el art. 238 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996\777) al no implicar rompimiento de pared alguno, techo o suelo, debemos señalar aquí que lo que caracteriza el supuesto del núm. 2 del art. 504 (RCL 1973\2255 y NDL 5670) (actualmente art. 238.2º), no es estrictamente la fractura de la puerta en la que se produzcan daños, sino todo esfuerzo material o «vis física» que se emplee sobre tales elementos aunque sean mínimos (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1982 [RJ 1982\4943], 12 de marzo de 1984 [RJ 1984\1803], 30 de octubre de 1986 [RJ 1986\5764], 6 de febrero de 1988 [RJ 1988\902] y 18 de septiembre de 1990 [RJ 1990\7178]) entre otras, es decir que la «fuerza en las cosas» , género de una amplísima especie legal en robos, no ha de entenderse en su más estricta significación como los recurrentes pretenden, sino que debemos entender, como todos aquellos actos encaminados a violentar, forzar, emplear el esfuerzo humano, directa o mecánicamente ayudado para, dolosamente, quebrantar aquellas protecciones de cierre y guarda que el propietario adoptó para la defensa de su patrimonio . Por otra parte y en cuanto a que la jurisprudencia citada de que el corte de la alambrada que circunda la finca es constitutiva de un delito de hurto y no de robo, se refiere para el supuesto de coger animales, ya que entonces la finalidad de la alambrada es primordialmente evitar la fuga de los propios animales (en el mismo sentido la Sentencia de 2 de febrero de 1982 [RJ 1982\614]).*

En mi opinión, si la fuerza en las cosas se caracteriza emplear el esfuerzo humano, directa o mecánicamente ayudado para, dolosamente, quebrantar aquellas protecciones de cierre y guarda que el propietario adoptó para la defensa de su patrimonio, debe ser indiferente que el modo de proteger el patrimonio sea para que los animales no se escapen o para que otros no entren. Ambas son barreras de protección que son forzadas.

- III. Fractura interior: *Fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o forzamiento de sus cerraduras o descubrimiento de sus claves para sustraer su contenido, sea en el lugar del robo o fuera del mismo. El ejercicio de la fuerza contempla tres supuestos: el empleo de la fuerza física para abrir un objeto que guarda o custodia el bien que se pretende apoderar (romper una caja fuerte para apoderarse del dinero); el forzamiento de las cerraduras (forzar la cerradura); el conocimiento ilícito y el uso de las claves para acceder al contenido (obtener la clave y utilizarla).*

La SAP de Zaragoza (Sección 1ª) de 25 de abril de 2002, define la fractura típica del modo siguiente: *Rompimiento o fractura equivale tanto a quebrantar o forzar una cosa con esfuerzo, sin que lo cuantitativo de éste resulte trascendente, pues lo que ciertamente interesa para la estimación y calificación del robo es que, con mayor o menor dificultad, se vulnere y convierta en inocuo el sistema defensivo de la propiedad, sin que sea preciso describir la solidez del obstáculo, con tal de que éste exista. En este sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha aplicado en un sentido amplio el término "fractura" que se recoge en el artículo 238 apartados 2 y 3, en el sentido de no referirse solamente al rompimiento de la madera o materiales que integran los citados elementos, sino que deben entenderse ampliados o extendidos a toda manifestación de esfuerzo material practicada sobre los mecanismos de cierre o seguridad colocados en ellos por el propietario, tanto si se trata de cerraduras normales usadas a tales fines como candados,*

cerrojos, pestillos, pasadores o cualesquier otro medio de sujeción o aseguramiento que las mantenga herméticas, infranqueables o impenetrables, sin el empleo de fuerza más o menos intensa. La fractura ha de constituir el medio para llegar a los objetos que se pretenden sustraer. No se trata, por tanto, de una fuerza sobre la cosa misma, sino una "vis ad rem". En este mismo sentido se pronuncian nuevas resoluciones del Tribunal Supremo, que vienen a indicar "la existencia legal se cumple cuando las apetencias patrimoniales del agente y su acceso a las cosas muebles de las que desea apoderarse se logran mediante forzamiento o violencia, bien de la puerta o tapa de que se trate, bien de sus mecanismos de cierre o aseguramiento.

IV. Uso de llaves falsas: El concepto de llaves falsas resulta también normativo al contemplar el art. 239 CP lo que ha de tenerse por llaves falsas. En concreto serían:

- a. Las ganzúas u otros instrumentos análogos. Instrumentos que sirven para abrir puertas y cerraduras (alambres, destornillador, radiografía, etc.)
- b. Llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal. Casos de pérdida, sustracción (por ejemplo, por un hurto, un robo o una estafa previa) o retención ilícita (una apropiación indebida, como, por ejemplo, una llave no devuelta por un trabajador despedido).
- c. Cualesquiera otras que no sean las destinadas por el propietario para abrir la cerradura violentada por el reo (llaves maestras,).
- d. Las tarjetas magnéticas o perforadas, los mandos o instrumentos de apertura a distancia y cualquier instrumento tecnológico de eficacia similar (uso huella dactilar, sensor, mando, etc.).

V. Inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda: Esta modalidad de fuerza en las cosas consiste en hacer perder la funcionalidad de elementos electrónicos, mecánicos o físicos destinados a advertir o prevenir el acceso no consentido a determinados lugares (por ejemplo, alarmas antirrobo de coches, alambres electrificados, cámaras de vigilancia...).

Existe un supuesto polémico, que dio lugar a la Consulta ante la Fiscalía General del Estado nº 13/97 de 14 de noviembre. Un fiscal consultaba lo siguiente: *La cuestión que se somete a consulta se centraría en determinar si la sustracción de objetos a los que se han incorporado dispositivos tendentes a evitar su extracción subrepticia del establecimiento, mediante la activación de una alarma situada en los controles de salida de aquél, previo desprendimiento o fractura de dichos dispositivos, constituye el supuesto previsto en el art. 238.5 o, por el contrario, excediendo del contenido de aquél, debe ser calificado como hurto.* La FGE respondió lo siguiente: *El art. 237 del Cp. no es ajeno a una referencia locativa, en virtud de la cual, no toda inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda colma las exigencias típicas del delito de robo con fuerza en las cosas. Sólo aquélla que se oriente a lograr el acceso al lugar en el que los objetos se encuentren permite afirmar el juicio de tipicidad propio del delito de robo. En su ausencia,*

Los hechos habrán de ser calificados como integrantes de un delito de hurto.

De hecho, existe una jurisprudencia consolidada que recoge este criterio. No obstante, con la nueva redacción del artículo 237 C.P que castiga la fuerza en las cosas para acceder o abandonar el lugar podría entenderse que la fuerza se ejerce sobre el mecanismo de alarma para favorecer la huida, lo que podría provocar que este tipo de actos se consideraran robo. No obstante, esto iría contra la nueva agravante del hurto del art. 234. 3 CP que considera este tipo de comportamientos como hurto.

b. Subtipo agravado. 240 C.P

Se impondrá una pena de 2 a 5 años cuando concurren en el robo con fuerza en las cosas alguna de las circunstancias del artículo 235 CP que agravan al hurto.

c. Tipo agravado. Robo en casa habitada u otros lugares. 241 CP

Nos encontramos ante un delito complejo que castiga el robo y el allanamiento de morada. El fundamento de la agravación de la pena reside en el lugar (especialmente protegido) donde se comete el robo.

- a) **Casa habitada:** De conformidad con el artículo 241.2 CP, se considerará casa habitada todo albergue que constituya morada de una o más personas, aunque accidentalmente se encuentren ausentes de ellas cuando el robo tenga lugar.

Resulta polémica la consideración de que el robo en segundas viviendas o casas de ocupación temporal (fines de semana, vacaciones de verano...) dé lugar a la apreciación de esta cualificación. La jurisprudencia suele estimar la cualificación, atendiendo al fundamento de la agravación (sobre todo, el ataque a la intimidad, aunque también el mayor peligro para la seguridad personal de los potenciales ocupantes del lugar).

En este sentido, la SAP de Granada (Sección 1ª) de 27 de octubre de 2001, recuerda que: *Debiendo aplicarse la agravación prevista en el art. 241.2º del CP, pues esta Sala II tiene reiteradamente afirmado que por casa habitada ha de entenderse la destinada a habitación de sus moradores, aunque tan sólo le sea en fechas inciertas o indeterminadas, no siendo preciso que lo sea de manera permanente. Cualquier persona puede tener más de una morada, incluso en ciudades distintas, siempre que sirvan de habitación con posibilidad, por tanto, de presentarse en cualquier momento el morador ausente, es decir, que con este simple dato se cumple la verdadera "ratio legis" de la norma agravatoria, que no es otra que, además de ataque a los bienes ajenos es ataque a la norma y la mayor peligrosidad que ello supone. Teniendo las llamadas "segundas viviendas", la consideración legal de casa habitada (STS 2 de Diciembre de 1.997 (RJ 1997, 8763)). En el presente caso queda descrito en el hecho probado que el cortijo sito en Pago Mirasierra de la localidad de Motril, donde se efectuó la entrada constituye la vivienda de Antonio M. C., donde pasa el día algunos fines de semana, aunque duerme en Motril por comodidad, de ellos se uniere que el subtipo agravado está perfectamente aplicado por lo que el motivo también ha de ser rechazado.*

- b) **Edificio o local abiertos al público.** Local abierto al público es aquel que no tiene restringido el acceso a una o algunas personas, y donde pueden entrar en él cuantas personas lo deseen dentro de un horario de apertura (QUINTANO). Suele entenderse por tal, todo edificio o local orientados a la recepción de público, incluidos los locales de titularidad privada destinados a tal fin.

Si al momento de cometerse el delito el local se encuentra fuera de sus horas de apertura, la pena se atenúa (241.1 segundo párrafo).

- c) **Dependencias:** El art. 241.3 establece que se considerarán dependencias de casa habitada o de edificio o local abierto al público sus patios, garajes y demás departamentos o sitios cercados y contiguos al edificio y en comunicación interior con él, y con el cual formen una unidad física.

acordó que: *Los trasteros y garajes comunes sitios en edificio de propiedad horizontal, donde también se integran viviendas, tendrán la consideración de dependencia de casa habitada, siempre que tengan las características siguientes:*

- a) *Contigüidad, es decir, proximidad inmediata o directa con la casa habitada; que obviamente puede ser tanto horizontal como vertical;*
- b) *Cerramiento, lo que equivale a que la dependencia esté cerrada, aunque no sea necesario que se halle techada ni siquiera murada;*
- c) *Comunicabilidad interior o interna entre la casa habitada y la dependencia; es decir, que medie puerta, pasillo, escalera, ascensor o pasadizo internos que unan la dependencia donde se comete el robo con el resto del edificio como vía de utilizable acceso entre ambos.*
- d) *Unidad física, aludiendo al cuerpo de la edificación.*

d. Hiperagravante del robo con fuerza

El art. 241.4 CP castiga con una pena **de 2 a 6 años** cuando los hechos a que se refieren los apartados anteriores revistan especial gravedad, atendiendo a la forma de comisión del delito o a los perjuicios ocasionados y, en todo caso, cuando concorra alguna de las circunstancias expresadas en el artículo 235 CP.

En la práctica, y a pesar de que no se limita al utilizarse la criticable técnica legislativa del “en todo caso” por apartarse del tan olvidado principio de taxatividad, esta agravante se aplica cuando concurre el robo con fuerza en las cosas en casa habitada o local abierto al público, junto con alguna de las circunstancias agravantes del artículo 235, ya que es modo concretarse la especial gravedad por el modo de cometerse los hechos o por los perjuicios ocasionados.

e. Robo con violencia o intimidación 242.1 CP

Cuando concurren todos los elementos típicos del hurto (o incluso del robo con fuerza en las cosas) y además se utiliza la violencia o la intimidación en las personas, nos encontramos con la modalidad que tradicionalmente había sido la penada de manera más grave de este tipo de conductas (con la reforma del CP se castiga de manera más grave el supuesto hiperagravado del artículo 241.4 CP), castigándose la misma con una pena de 2 a 5 años *sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física* (concurso real con los delitos de lesiones físicas).

El bien jurídico protegido en frente a este tipo de conductas se amplía, junto con la propiedad (vid Hurto) se protege de manera secundaria la seguridad y la integridad personal, ya que estamos ante un delito complejo que castiga el hecho de la apropiación con violencia o intimidación en las personas.

La violencia o la intimidación podrá utilizarse en varias fases del proceso apropiatorio:

- a) Al cometer el delito: como medio instrumental para conseguir la apropiación del objeto material (*A amenaza con una navaja a B para que este le entregue la cartera*).
- b) Para proteger la huida: (*A sustrae el móvil de B, y cuando se está yendo, B se da cuenta, lo agarra y A le propina sendos puñetazos y escapa*).
- c) Para proteger la huida sobre los que acudan en auxilio de la víctima o que le persiguen (*A hurta el bolso de B en el metro. B pide auxilio y C persigue a, hasta que este se da la vuelta y lo amenaza con una pistola para que lo deje escapar*).

- I. **Violencia:** El tipo de violencia a la que se refiere este artículo es la física, ejercida de manera directa contra las personas, o inmediatamente sobre una cosa pero mediatamente sobre una persona (*A tira del bolso de B. B lo sujeta hasta que la fuerza de A tira a B al suelo y arranca el asa del bolso*).

Un caso polémico es el del “tirón”, que atiende a un ataque sorpresivo por el que se sustrae con fuerza la cosa que porta el sujeto (bolso en la mano o en el brazo, colgante del cuello...). La jurisprudencia venía considerando este caso, prácticamente de forma unánime, como robo con violencia e intimidación, mientras que la doctrina (VIVES ANTÓN), entendía que debía calificarse de hurto, ya que en estos supuestos la fuerza recae sobre la cosa.

Actualmente se mantiene, por lo general en la jurisprudencia, una solución intermedia: si la fuerza sobre la cosa repercute mediatamente sobre la persona, se estima robo con violencia o intimidación; si predomina el uso de la destreza y la sorpresa, hurto.

SAP de Alicante (Sección 1ª) de 20 de mayo de 2000. *La sustracción se cometió por el método vulgar y jurídicamente conocido como del "tirón", sistema que integra delito de robo y no de hurto (el tirón integra de por sí un acto violento -s. T. S. (21-1-70-), porque la violencia en las personas a que se refieren los arts. 237 y 242 C. Penal comprende todas las formas residuales de violencia o intimidación no incluidas en ellos, por lo que ha de declararse que la violencia concurre en el hecho de arrebatar por la fuerza física un objeto hallándose la víctima más o menos desprevenida, en cuanto, que se utiliza un medio tendente a doblegar su voluntad (s. T. S. 21-12-98). Esta modalidad de robo representa una forma de hacerse con los bienes ajenos, distinta de la fuerza en las cosas o del simple apoderamiento subrepticio. El tirón supone una violencia material sobre la persona que porta el objeto apetecido y deseado. Sólo en los contados casos en los que se hace visible y se superpone la habilidad sobre la fuerza por ser ésta apenas perceptible, se ha inclinado la doctrina por el simple delito de hurto, en lugar del robo (s. T. S. 23-6-99; 16-7-99). Se destruye así la pretendida ausencia de violencia en que la defensa del condenado fundamenta su calificación de hurto.*

- II. Intimidación:** Anuncio de un mal inmediato, grave, personal y posible que hace despertar en el ofendido el miedo o el temor (vis compulsiva o psíquica). La intimidación puede ser realizada a través de cualquier tipo de acción idónea para transmitir el anuncio de un mal (palabras, gestos, hechos inequívocos como exhibición de armas, ...)

La diferencia entre el tipo cualificado de amenazas graves condicionales lucrativas del art.169.1º CP y el robo con intimidación radica en el momento de la entrega de la cosa (y no del cumplimiento de la condición): si se produce el apoderamiento con inmediatez, se aprecia robo con V/I; si la entrega de la cosa se difiere en el tiempo, amenazas (OBREGÓN GARCÍA).

f. Robo con violencia en casa habitada 242. 2 C.P

Cuando el robo con violencia o intimidación se cometa en casa habitada, o en locales abiertos al público o en sus dependencias, se impondrá la pena de 3 años y 6 meses a 5 años.

g. Robo con violencia utilizando armas o instrumentos peligrosos 242.3 CP

El uso de las armas se puede concretar en cualquier momento del periodo consumativo del delito: para conseguir el objeto material o para proteger la huida. El fundamento de la agravante radica en el mayor peligro para la vida o integridad al utilizar para cometer el delito instrumentos peligrosos. Para que esta agravante se aplique habrán de concurrir los siguientes requisitos:

- I. Idoneidad lesiva: El instrumento peligroso utilizado debe tener potencialidad lesiva en la integridad física de las

personas. La jurisprudencia considera que las armas de fuego (incluso las de fogeo), cuchillos, palos, barras de hierro, spray paralizantes, etc. tiene esta condición. No la tienen las armas de juguete o las inservibles.

- II. Uso: Ha de utilizarse con los fines violentos o intimidatorios propios del tipo delictivo.
- III. Momento del uso: El arma debe ser usada al tiempo de la comisión del apoderamiento, en la huida o en el ataque a los auxiliares o perseguidores, es decir, en cualquier momento anterior a la completa consumación del delito.

h. Tipo atenuado 242.4 CP

El tipo previsto en el apartado cuarto del art.242, de aplicación facultativa, permite la atenuación en un grado de la pena en atención a la menor entidad de la violencia o intimidación, valorando además las restantes circunstancias del hecho.

Entre las restantes circunstancias del hecho, la jurisprudencia suele atender especialmente al valor de lo sustraído (por lo que, en ocasiones, cuando la cuantía del objeto material es escasa, aunque se emplee violencia, los tribunales aprecian la atenuación) o la menor entidad de la intimidación o de la violencia.

IV. Excusa absolutoria por parentesco

El artículo 268 CP establece la exención de la responsabilidad criminal (con única sujeción a la civil) los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho, o en proceso de divorcio, separación o nulidad, los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales causados entre sí siempre que no concurra violencia o intimidación, o abuso de vulnerabilidad de la víctima (ya sea por razón de edad o por tratarse de una persona con discapacidad).

Por lo tanto, los delitos de hurto y los robos con fuerza en las cosas que se causen los familiares descritos en el art. 268 CP quedaran exentos de responsabilidad criminal y sujetos solo a la civil. No se aplicará al robo con violencia o intimidación porque el uso de la misma es consustancial a la figura criminal.

La excusa absolutoria se completa con la prohibición de ejercitar acciones penales entre familiares, que de conformidad con el artículo 103 LECr, establece que:

Tampoco podrán ejercitar acciones penales entre sí:

1.º Los cónyuges, a no ser por delito o falta cometidos por el uno contra la persona del otro o la de sus hijos, y por el delito de bigamia.

2.º Los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, por la adopción o por afinidad, a no ser por delito o falta cometidos por los unos contra las personas de los otros

La excusa absolutoria cubre solo a los familiares o afines, pero no se extiende a los coautores o partícipes que respecto de los que sea predicable dicha condición.

V. Problemas concursales

El principal problema concursal surge en los supuestos en que, a consecuencia del uso de la violencia, se produce un resultado lesivo contra la vida o la salud ya que, si la violencia o la intimidación no producen resultado lesivo, se entiende que las coacciones o las amenazas quedan consumidas en el robo con violencia o intimidación. Las lesiones causadas por la violencia ejercida se castigarán de forma separada, de conformidad con lo previsto en el artículo 242.1 CP

Sobre el concurso con la detención ilegal véase lección de los delitos contra la libertad.

Es habitual que un delito de robo con fuerza en las cosas se transforme en uno con violencia debido a acontecimientos inesperados (mientras roban en una casa, llegan sus moradores). En esos casos, se aplicará el concurso de normas de conformidad con el artículo 8 CP

VI. Supuestos prácticos

- 1) María y Juan mantienen una relación sentimental desde hace un mes. Una noche, y aprovechando que Juan duerme en su casa, María le sustrae las llaves de la caja fuerte y se apodera de 50.000 €.
- 2) Marco salta la valla de un chalé y se apodera de un ordenador que estaba en el jardín de la casa.
- 3) Rafael, carterista profesional, arrebató a Juan su cartera. Al separarse Juan se da cuenta y cuando agarra a Rafael, este le propina dos patadas, tira la cartera y sale corriendo.
- 4) Manuel propone a Rafael apoderarse de un cuadro expuesto en el museo del Prado, ya que éste es vigilante del museo y tiene la posibilidad de descolgarlo y cambiarlo por una copia. Rafael finalmente no acepta.
- 5) Jaime es despedido de su empleo. En venganza, y utilizando la llave que tenía de la empresa, entra una noche y se lleva 7 ordenadores con un valor de 5.000 €.
- 6) Juan ha aprendido a abrir las puertas con una radiografía. Una noche abre la vivienda de su vecino, pero cuando va a entrar con la intención de apoderarse de los objetos de valor, su vecino se despierta y Juan sale corriendo.

- 7) Rosario, portando un bate de béisbol, se dirige a dos varones de 20 años y les pide las carteras. Estos, ante el temor de ser golpeados, se la entregan. El bate no llegó a utilizarlo ni a moverlo.
- 8) Marcos entra en un bar por una ventana abierta a pie de calle. Cuando está forzando la máquina tragaperras es sorprendido por Javier, que intenta evitar que Marcos se escape. Marcos coge una botella y se la rompe a Juan en la cabeza, y tras ello escapa por la puerta.
- 9) Ramón y Pedro han entrado en una joyería con una llave maestra y la han desvalijado. Al salir suena la alarma. Se montan en su coche, pero en ese momento son identificados por la policía, que los persigue en otro coche. Finalmente tienen un accidente y son atrapados.
- 10) José y Juan, una noche de luna llena, cortan la alambrada de una finca y se llevan todos los cerdos que estaban ya criados y listos para la matanza.

I. Robo y hurto de uso de vehículos

a. Hurto de uso de vehículo

El artículo 244 CP tipifica un supuesto en donde el hurto o el robo se cometen sobre vehículos a motor o ciclomotores, pero no existe un ánimo apropiatorio sino un ánimo de uso del objeto material sin la autorización del propietario o legítimo poseedor. La pena que se impone es sustancialmente menor que la de los delitos de robo y hurto si el vehículo se restituye, directa o indirectamente a su dueño.

El bien jurídico protegido es un aspecto discutido, identificando parte de la doctrina el derecho a utilizar de manera inmediata el vehículo por parte de su propietario, identificando otra parte el patrimonio en sentido amplio y funcional. En mi opinión, se ataca el derecho de posesión del legítimo tenedor, en tanto en cuanto, se le priva de la posesión del vehículo durante un periodo de tiempo, lo fuese o no a utilizar.

En el apartado 1 del artículo 244 CP estamos ante un supuesto de hurto, por lo que no se puede emplear fuerza en las cosas para acceder al vehículo ni violencia o intimidación en las personas. Son supuestos en donde el vehículo se encuentra abierto, se accede al mismo y se arranca, ya con la llave, ya haciendo algún tipo de maniobra. Se ha de tener presente que la técnica conocida como “puente” no se considera fuerza en las cosas, pues la misma no se utiliza para acceder al vehículo, sino fuerza “en” la cosa, por lo que excede el concepto normativo de fuerza y se aplica el hurto en estos casos.

Nótese que el tipo penal castiga al que “sustrajere o utilizare”, por lo que el uso conociendo el origen ilícito del vehículo también se castiga. El verbo “utilizar” se incluyó por la LO 15/2003, pues con anterioridad el tipo penal solo nombraba “sustraer”, por lo que se estableció una jurisprudencia consolidada que concluía que el uso sin probar la sustracción era impune.

STS de 3 de febrero de 1998 afirmaba que: «Ahora, autor es quien sustrae el vehículo y lo usa; coautores quienes, puestos de acuerdo, realizan conjuntamente el delito participando en el apoderamiento. Sin embargo, como la conducta típica viene centrada en la sustracción, debe considerarse impune la simple utilización del vehículo por quienes no son coautores ni han tomado parte en el apoderamiento del vehículo. El tratamiento que se da a los simples acompañantes que no tomaron parte en la sustracción pero que, con posterioridad a la misma y con conocimiento de ella, conducen o viajan en el vehículo, debe ser distinto ahora, cuando la conducta aparece centrada en la sustracción, que la que se mantenía en el Código anterior, que construía el tipo sobre la utilización ilegítima del vehículo».

El objeto material viene definido en el Anexo I 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.

Anexo I. Punto 9: Ciclomotor.

Tienen la condición de ciclomotores los vehículos que se definen a continuación:

a) Vehículo de dos ruedas, con una velocidad máxima por construcción no superior a 45 km/h y con un motor de cilindrada inferior o igual a 50 cm³, si es de combustión interna, o bien con una potencia continua nominal máxima inferior o igual a 4 kW si es de motor eléctrico.

b) Vehículo de tres ruedas, con una velocidad máxima por construcción no superior a 45 km/h y con un motor cuya cilindrada sea inferior o igual a 50 cm³ para los motores de encendido por chispa (positiva), o bien cuya potencia máxima neta sea inferior o igual a 4 kW para los demás motores de combustión interna, o bien cuya potencia continua nominal máxima sea inferior o igual a 4 kW para los motores eléctricos.

c) Vehículos de cuatro ruedas, cuya masa en vacío sea inferior o igual a 350 kilogramos no incluida la masa de baterías para los vehículos eléctricos, cuya velocidad máxima por construcción sea inferior o igual a 45 km/h, y cuya cilindrada del motor sea inferior o igual a 50 cm³ para los motores de encendido por chispa (positiva), o cuya potencia máxima neta sea inferior o igual a 4 kW para los demás motores de combustión interna, o cuya potencia continua nominal máxima sea inferior o igual a 4 kW para los motores eléctricos.

Anexo I.12. Vehículo de motor.

Vehículo provisto de motor para su propulsión. Se excluyen de esta definición los ciclomotores, los tranvías y los vehículos para personas de movilidad reducida.

Surge la duda si a los nuevos vehículos propulsados a motor – patinetes eléctricos, bicicletas eléctricas, seeway, etc. – se le puede aplicar este tipo penal. En principio, nada lo impediría, pues el tipo no especifica que deban ser vehículos propulsado por un motor de explosión.

La manera objetiva que ha encontrado el legislador de probar que el ánimo subjetivo era sólo de uso, es exigir la restitución del vehículo en un plazo de 48 horas. Si se restituye pasado ese plazo, no se podrá aplicar este artículo, aunque sí la atenuante de reparación del daño.

La devolución puede ser directamente al propietario, o indirectamente (que es lo habitual) indicando el lugar donde puede encontrarlo o aparcándolo en un lugar cercano a donde se hubiese sustraído. En el abandono de un vehículo una vez utilizado – por ejemplo para huir de un lugar o atracar un banco - no se suele aplicar este tipo penal al no existir el acto de restitución, el cual forma parte del elemento del tipo.

SAP Tarragona (Sección 2ª). La restitución indirecta existe si se deja el automóvil o motocicleta en forma o lugar de fácil localización o hallazgo por su titular y no cuando se efectúa el abandono en vía pública y dejado a su suerte y en lugar totalmente ignorado para su titular (sentencias del TS, entre otras, de 17 de noviembre de 1980, 25 de noviembre de 1982, 22 de abril de 1983 y 16 de julio de 1988).

Es un delito doloso, donde el conocimiento de los autores – tanto de quien los sustrae como de quien posteriormente lo utiliza - debe abarcar la ajениdad del vehículo y la falta de autorización de su dueño, concurrente con la finalidad de utilizarlo y devolverlo.

b. Robo de uso de vehículo

El apartado 2 del artículo 244 CP establece la pena en su mitad superior si el hecho – la sustracción del vehículo – se ha ejecutado utilizando fuerza en las cosas. La fuerza es de acceso al vehículo, por lo que se suele producir al forzar una cerradura, romper una ventanilla, etc. para acceder al coche. En el ciclomotor, si está aparcado en la calle, no habrá fuerza de acceso y la fuerza para arrancar el vehículo – forzando el bloque o haciendo un cable – se interpreta como fuerza en la cosa, y por lo tanto es típico de hurto.

c. No restitución en el plazo de 48 horas

Si el vehículo no se restituye en un plazo de 48 horas, el CP prevé que el hecho se castigue como un robo o hurto común, con independencia de que quede probado que el ánimo que movió al autor fue únicamente usarlo (por ejemplo, aquel que lo usa y lo devuelve al quinto día). Ello se debe realmente al problema probatorio del elemento subjetivo y la necesidad estimada por el legislador de incluir un plazo para poner coto a coartadas del tipo - “ lo cogí pero lo iba a devolver”. Si no se ha devuelto en el plazo marcado, se presume que existió el *animus rem sibi habendi*.

d. Prohibición de utilizar violencia o intimidación en las personas

El único robo que se puede aplicar para este tipo privilegiado es el de fuerza en las cosas. El apartado 4 del artículo 244 CP establece que si se utiliza la violencia o intimidación en las personas para sustraer el vehículo, el hecho se castigará como robo del artículo 242 CP a pesar de que se devuelva en el plazo de 48 horas. Con ello, el legislador excluye de la aplicación de este tipo atenuado los supuestos en los que se actúe con un mayor desvalor acción y peligrosidad.

II. Usurpación

a. Usurpación violenta

El artículo 245.1 CP tipifica la ocupación de bienes inmuebles ajenos o la usurpación de un derecho real inmobiliario **con violencia o intimidación** en las personas.

El bien jurídico protegido es la **pacífica posesión del bien inmueble y el uso y disfrute de un derecho real sobre un bien inmueble**. No se ataca la propiedad como tal - pues el bien no cambia de propietario no se sustrae (no es movable) - **sino el derecho de uso y disfrute** - posesión - que tiene una persona sobre un bien.

El objeto material debe ser un bien inmueble, pero como advierte VÁZQUEZ GONZÁLEZ, éste no depende de su calificación civil - pues el art. 334 CC es muy amplio e incluye frutos u objetos unidos al bien inmueble que al sustraerse constituiría un robo con fuerza en las cosas - **sino la inmovilidad del bien**. Normalmente la acción se concreta en una edificación que se utiliza como vivienda o refugio, pero puede ocuparse también un terreno o parcela.

Respecto a los derechos reales inmobiliarios se suelen concretar en aquellos que permiten **el uso y disfrute sobre un bien inmueble, como el usufructo, el uso, la habitación o la servidumbre**.

La acción típica varía en función del objeto material. **El bien inmueble se ocupa - se toma posesión de éste y se ejerce como dueño - y el derecho real se usurpa, es decir, se despoja a otro del derecho que tiene a utilizar el bien inmueble**. Ambos verbos típicos se llevan a cabo con violencia o intimidación en las personas, especificando el tipo que la pena se impondrá sin perjuicio de la que corresponda por la violencia ejercida, por lo que este delito no consume el resultado lesivo de la violencia (tal y como sucede en el robo)

Ej. Juan quiere ocupar un inmueble sito en la finca de Pedro. Cuando va a ocuparlo, Pedro se lo trata de impedir y Juan le da una paliza y le rompe tres costillas. Juan se instala y vive en el inmueble 5 meses.

Ej. José está harto de que María utilice una servidumbre de paso que existe en su finca para llegar a la de María, así que un día la amenaza con una escopeta y le dice que si vuelve a pasar le pega un tiro.

Es un **delito de mera actividad y de consumación permanente**, pues éste comienza cuando ocupa el bien inmueble o se impide el disfrute de un derecho y durará todo el tiempo que se mantenga la usurpación ilegítima del bien o del derecho.

Es un delito doloso, en donde el dolo ha de abarcar el conocimiento de la ajenidad del bien o de la ausencia de legitimación para restringir el derecho. La pena de este delito se fijará *teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado*, por lo que la presencia de ambas se ha de producir, por pequeña que sea, para que el injusto se perfeccione (ROBLES PLANAS).

b. Usurpación pacífica de bien inmueble

El artículo 245.2 CP castiga la ocupación, **sin la debida autorización, de un bien inmueble que no constituya morada**, pues si no se aplicará el artículo 202 CP (allanamiento de morada).

Como se puede apreciar, los bienes jurídicos son distintos, pues el allanamiento de morada protege la intimidad e inviolabilidad del domicilio, mientras **la usurpación de inmuebles protege el derecho posesorio sobre el patrimonio inmobiliario**.

Parte de la doctrina critica la inclusión de esta conducta delictiva, abogando por reconducir la protección del derecho al ámbito civil. GROIZARD, en 1872 ya advertía que: *La mayor parte de los agravios que las personas puedan sufrir en sus cosas inmuebles, son reparables por los medios que las leyes civiles ponen en sus manos, y no necesitan la excepcional protección de las leyes penales*.

Según la STS n.º 800/2014, de 12 de noviembre -y en similares términos, el ATS n.º 1114/2017, de 6 de julio, y la STS n.º 143/2011, de 2 de marzo-: *La modalidad delictiva específica de ocupación pacífica de inmuebles, introducida en el Código Penal de 1995 en el número 2.º del artículo 245, requiere para su comisión los siguientes elementos: a) **La ocupación, sin violencia o intimidación, de un inmueble, vivienda o edificio que en ese momento no constituya morada de alguna persona, realizada con cierta vocación de permanencia.** b) Que esta perturbación posesoria puede ser **calificada penalmente como ocupación**, ya que la interpretación de la acción típica debe realizarse desde la perspectiva del bien jurídico protegido y del principio de proporcionalidad que informa el sistema penal (art. 49.3.º de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea). c) **Que el realizador de la ocupación carezca de título jurídico que legitime esa posesión**, pues en el caso de que hubiera sido autorizado para ocupar el inmueble, aunque fuese temporalmente o en calidad de precarista, la acción no debe reputarse como delictiva, y el titular deberá acudir al ejercicio de las acciones civiles procedentes para recuperar su posesión. d) **Que conste la voluntad contraria a tolerar la ocupación por parte del titular del inmueble, bien***

*antes de producirse, bien después, lo que especifica este artículo al contemplar el mantenimiento en el edificio "contra la voluntad de su titular", voluntad que deberá ser expresa. e) **Que concurra dolo en el autor, que abarca el conocimiento de la «ajenidad» del inmueble y de la ausencia de autorización, unido a la voluntad de afectar al bien jurídico tutelado por el delito, es decir la efectiva perturbación de la posesión del titular de la finca ocupada.***

Debido a las distintas situaciones de crisis económica, es habitual encontrar sentencias donde se plantea la posibilidad de **aplicar el estado de necesidad a familias que se ven obligadas a ocupar inmuebles para sobrevivir de un modo digno**. La jurisprudencia exige que se pruebe la realidad de la precariedad económica y exclusión residencial como males que fundamentan la necesidad y probar que la ocupación es la única forma de evitar el mal, pues no existen otros medios lícitos a los que se pueda acudir (MOLINA BLAZQUEZ).

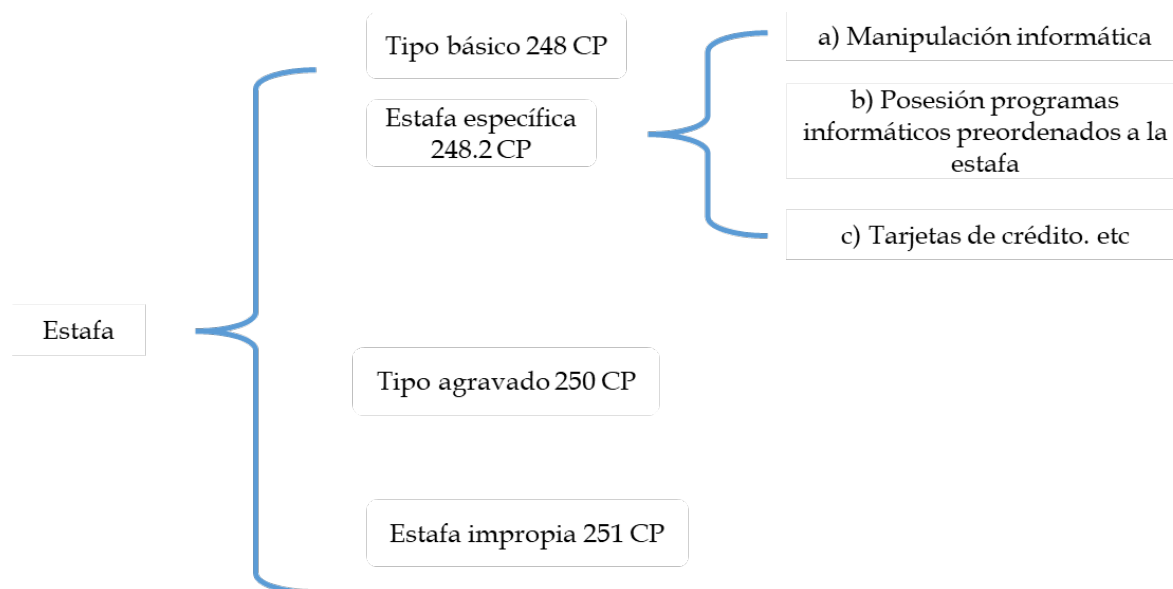
La SAP de Cáceres (Sección 2ª) nº 49/2005, de 22 de abril aplica en un caso de ocupación pacífica la eximente completa; La SAP de Madrid (Sección 16) nº 34/2019, de 23 de enero, aplicó la eximente del estado de necesidad incompleta (por no haber demostrado haber agotado todos los recursos).

III. Supuestos prácticos

- 1) Juan sabe dónde están las llaves del vehículo de su vecino, pues las suele dejar bajo la riega. Un viernes las coge para irse a una fiesta a Salamanca. El domingo, cuando va a devolver el coche aprecia que su vecino ha llegado y ante el temor de que se enfade, aparca el coche en un lugar cercano y deja una nota anónima en el buzón informando donde se encuentra el vehículo.
- 2) Rosa no tiene domicilio y suele dormir en albergues sociales. Un día se encuentra un vehículo sin cerrar y decide dormir en este. Durante un mes lo utilizó como lugar de descanso, hasta que el dueño fue a por el vehículo y la descubrió.
- 3) Pedro necesita un vehículo con urgencia para hacer un viaje muy importante. Como no puede conseguir ninguno, se acerca a María, que estaba abriendo su coche y la amenaza con matarla si no se lo deja. María le da las llaves. Al día siguiente, Pedro devuelve el vehículo en el domicilio de María y le pide perdón.
- 4) Juan y Puri no tienen domicilio. Paseando por un barrio ven una vivienda que aparentemente está deshabitada y deciden ocuparla. Rompen una ventana y consiguen acceder. Cuando entran se dan cuenta que está habitada (hay alimento en la nevera, basura, etc) pero deciden quedarse. Al llegar Ramón a los tres días se encuentra con que su domicilio ha sido ocupado.

Defraudaciones contra el patrimonio

Estafa



I. Introducción

El capítulo sexto, del título XIII - Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico - del Libro II, se dedica a las defraudaciones. Defraudar, según la primera acepción del diccionario de la RAE es: *Privar a alguien, con abuso de su confianza o con infidelidad a las obligaciones propias, de lo que le toca de derecho*. El capítulo sexto incluye dentro de este grupo las estafas, la apropiación indebida, la administración desleal y las defraudaciones de fluidos eléctricos y análogos.

En el ámbito de las defraudaciones, donde se exige la elaboración de un engaño, la figura por antonomasia es la estafa. Esta fue incorporada al primer Código Penal de 1822 en el capítulo de "Las estafas y engaños". El artículo 766 CP castigaba a "*Cualquiera que con algún artificio, engaño, superchería, práctica supersticiosa u otro embuste semejante hubiera sonsacado a otro dineros, efectos o escrituras, o le hubiera perjudicado en sus bienes....*". QUINTANO RIPOLLÉS recuerda que los antiguos autores hablaron de la estafa como el "*lagarto de las infracciones*" ya que es habitual que, como dicho animal, mude de piel y de color.

Junto a la estafa, se analizarán defraudaciones específicamente reguladas debido a la especialidad de su objeto material (energía, fluidos, telecomunicaciones, etc.).

II. Esquema de la conducta típica

El delito consiste básicamente en **engañar** a otro con ánimo de lucro y conseguir que, a través del **error** producido, se lleve a cabo una **disposición patrimonial** que causa un perjuicio a este o a un tercero. La inventiva del ser humano para generar nuevas formas de estafa es ilimitada, y en ocasiones, el estafador utiliza los avances de la ciencia y de la tecnología para obtener un provecho ilícito a través de un engaño.

En palabras de GROIZARD, la estafa *Es el proteo de los delitos: Adopta todas las formas susceptibles de ser inventadas por el ingenio humano que conduzca a obtener un beneficio propio a costa de un perjuicio ajeno. Su esencia es el engaño y la astucia; sus medios, dar a la mentira la apariencia de la verdad; su fin, la defraudación ajena, casi siempre abusando de la confianza, la ingenuidad, a menudo, de la codicia de los menos precavidos.*

Y ANTÓN ONECA, apreciando que en muchas ocasiones el estafado es precisamente aquel que se quiere aprovechar del estafador – como sucede en el clásico timo de la estampita - advertía que, *en un gran número de casos, si el estafado es mayor en simplicidad al embaucador, no lo es en moralidad.*

Junto a las estafas más clásicas – timo de la estampita, del nazareno, ...- , el ámbito empresarial es un terreno especialmente idóneo para que se produzcan engaños en negocios que, en muchos casos, pueden ser considerados como estafas. Estos son los contratos civiles criminalizados, los cuales según la STS 162/2018, *sólo serán instrumento de la estafa si es una pura ficción al servicio del fraude, a través de la cual se crea un negocio vacío que encierra realmente una asechanza al patrimonio ajeno.*

III. Elementos típicos

a) Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido puede identificarse como el patrimonio en su totalidad, representado por todos sus elementos integrantes. El patrimonio se conforma por los derechos subjetivos de una persona con valor económico (concepto mixto jurídico-económico).

b) Sujeto activo

Cualquier persona puede cometer una estafa en concepto de autor, estamos ante un delito común. Téngase en cuenta que a este delito le sería aplicable la excusa absoluta por parentesco contemplada en el artículo 268 CP.

c) Sujeto pasivo

La persona física o jurídica que ostenta el derecho sobre el patrimonio que se ha visto atacado. Puede suceder que el engaño no recaiga sobre el sujeto pasivo, sino sobre un tercero (víctima) al que se engaña, pero el perjuicio lo sufre el dueño del patrimonio afectado.

A falsifica un cuadro y convence a B de su originalidad. B (apoderado y marchante de arte a sueldo de C) lo compra para C porque le parece una buena inversión. La víctima del engaño es B, pero el sujeto pasivo (el que ha sufrido el perjuicio) es C.

d) Objeto material

Los objetos que integran el patrimonio y son transmisibles (dinero, inmuebles, joyas, derechos patrimoniales, etc.)

e) Conducta típica

La estafa clásica no es una suma de componentes, sino que todos los elementos del tipo deben respetar una relación de causalidad, de modo que si se altera el orden de los mismos podría provocar la atipicidad de la conducta. La relación de causalidad ideal o de motivación debe ser la siguiente:

1º Dolo → 2º Engaño → 3º Error en otro → 4º Acto de disposición → 5º Causación de un perjuicio propio o ajeno.

La estafa se compondrá de un dolo antecedente o concurrente, que reside en el autor de un engaño que provoca el error en un tercero, y a causa del mismo se produce un acto de disposición que origina un perjuicio, a quien lo realiza o a un tercero. Por lo tanto, si se produce el traspaso patrimonial antes del engaño no estaremos ante una estafa (sino ante otro tipo de delito, como el de apropiación indebida). El dolo debe ser antecedente o concurrente al acto, no posterior al mismo.

Ej. A le entrega un perro a B para que se lo cuide durante 6 meses. B le coge cariño al perro durante ese tiempo y para evitar devolvérselo, cuando vuelve A le dice que el perro se escapó una noche de luna llena.

a. Engaño

El engaño es el elemento fundamental de la estafa y la pieza más característica de ésta. Tanto que se puede concluir que sin engaño no hay estafa. Básicamente el engaño es “la simulación o disimulación del sujeto activo” que hace creer a otra persona algo que no es verdad, lo que abarca cualquier tipo de ardid, maniobra o maquinación, mendacidad, fabulación o artificio del agente que pretende el aprovechamiento patrimonial [STS 27/1/2000]

El engaño ha de ser **antecedente, bastante y causal** de la disposición patrimonial.

Antecedente: El engaño ha de ser previo (o concurrente) al error de la víctima, por lo que si el engaño fuese posterior, o solo reforzara el error en que ya ha incurrido el tercero, el hecho podría ser considerado atípico en función de las circunstancias. La STS 678/2019 recuerda que el primer elemento de la estafa es el siguiente: 1º) *Un engaño precedente o concurrente, espina dorsal, factor nuclear,*

alma y sustancia de la estafa, fruto del ingenio falaz y maquinador de los que tratan de aprovecharse del patrimonio ajeno.

Bastante: Ha de ser lo suficientemente creíble, a ojos de un observador imparcial, para producir un error en otro. Debe ser idóneo, relevante y adecuado para producir el error en la víctima (cuyas características también deberá tener en cuenta el observador). En los últimos tiempos el Tribunal Supremo está adoptando, no de forma unánime, el criterio objetivo/subjetivo del engaño, por lo que se habrá de examinar en un primer estadio el nivel de disimulación de la realidad y si ésta es suficiente para provocar el error en un observador objetivo; y en un segundo examinar las características personales del sujeto engañado, y si el autor se ha aprovechado de una debilidad que, puesta en común con la falsa representación de la realidad, puede transformarlo en “bastante” a efectos penales.

*La STS 678/2019 enuncia el citado criterio del siguiente modo: 2º) Dicho engaño ha de ser bastante, es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifieste, **habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado** y de las circunstancias todas del caso concreto; la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de seriedad y realidad suficientes; la idoneidad abstracta se complementa con la suficiencia en el específico supuesto contemplado, el **doble módulo objetivo y subjetivo desempeñarán su función determinante.***

No se considera engaño bastante aquel que se fundamenta en un error burdo, fantástico o inaccesible, incapaz de mover la voluntad de las personas intelectualmente normales, según el ambiente social y cultural en el que se desenvuelven (STS de 2 de febrero de 2002), como los basados en creencias mágicas, religiosas, o de similar naturaleza.

DOPICO advierte que las denominadas “mentiras permitidas”, las cuales representan exageraciones que no son verdad, que en muchas ocasiones incluyen juicios de valor y que persiguen hacer mover el ánimo del tercero, se encuentran permitidas en el ámbito comercial. Así afirmaciones como “Es mi última oferta” (cuando no es verdad pues tiene margen para seguir negociando), o “Es el caballo que más corre de la provincia” se consideran juicios de valor permitidos en el ámbito comercial, aunque sean falsos.

El engaño ha de ser suficiente y proporcionado para conseguir los fines perseguidos, y su idoneidad debe apreciarse atendiendo tanto a los elementos objetivos como las características del sujeto pasivo (grado de formación, trabajo que desarrolla, etc.) [STS 15 de febrero de 2005]. Lo que se ha de tener en cuenta es que **no es suficiente que el engaño sea eficaz para que sea idóneo**, pues la eficacia del engaño no determina de por sí su idoneidad para la comisión del delito.

STS de 2 de febrero de 2007 donde se absuelve a un curandero que cobró 3 millones de pesetas a dos personas que acudieron a él solicitándole que utilizase sus “poderes especiales” para curar un carcinoma. La citada Sentencia recuerda que: Si tenemos en cuenta que el engaño nace de una relación de comunicación, personal

o indirecta, con la persona engañada, para graduar su intensidad, es necesario tener en cuenta las cualidades del sujeto pasivo. Para completar este cuadro es necesario tener en cuenta el grado de conocimiento medio de una sociedad que, como sucede en el caso presente, vive ya en el siglo XXI. El ciudadano medio de nuestra sociedad, tiene un nivel de información sobre estas enfermedades y sus características, que difícilmente puede alegar confianza racional en poderes paranormales. Se considera que no existe estafa cuando el sujeto pasivo acude a mediums, magos, poseedores de poderes ocultos, echadoras de cartas o de buenaventura o falsos adivinos, cuyas actividades no puedan considerarse como generadoras de un engaño socialmente admisible que origine o sean la base para una respuesta penal.

En estos casos, por lo general, se considera que el engaño es tan burdo e inadmisibles que resulta inidóneo para erigirse en el fundamento de un delito de estafa.

La vertiente subjetiva del engaño ha provocado que se establezca una doctrina jurisprudencial que niega la tipicidad del engaño cuando la víctima no ha tomado las mínimas cautelas para no ser engañado. Se puede encontrar enunciado como el *Principio de autorresponsabilidad penal*, en virtud del cual la jurisprudencia recuerda el deber que tiene la víctima de autoprotegerse en el ámbito de las relaciones empresariales, estableciendo la máxima que en aquellos casos **donde la propia indolencia y un sentido de la credulidad de la víctima no merecedora de tutela penal, hayan estado en el origen de los actos de disposición**, desaparezca la tipicidad que define el delito de estafa [STS 11 de julio de 2005].

STS 2 de abril de 2004 . En consecuencia, también ha estimado que no puede acogerse a la protección penal que invoca, quien, en las relaciones del tráfico jurídico económico, no guarda la diligencia de un ciudadano medio, siempre en las concretas coordenadas de cada caso. Se trata de mantener el principio de autorresponsabilidad – STS 880/2002 de 14 de mayo (RJ 2002, 6712) –, en cuyo caso, al tratarse de la falta de un elemento normativo del tipo penal, considerado desde la doble perspectiva analizada, la conducta devendría en atípica porque en tales casos, el perjuicio causado a la víctima, más que producto del error en ella causado por el engaño desarrollado por tercera persona, sería, más bien, ocasionado por una absoluta falta de perspectiva, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia para enterarse de las cosas. Es decir, no existiría relación de idoneidad/causalidad entre el error producido por el engaño y el acto de disposición efectuado.

Este principio suele aplicarse a la víctima que por su profesión o formación le es exigible tomar las mínimas cautelas para proteger su patrimonio (entidades financieras, abogados, economistas, etc.), apartándose el Derecho Penal de su protección debido a que estos, en una fase previa, renunciaron a aplicar su propia autoprotección.

Ej. El banco A concede un préstamo a B aceptando como garantía un inmueble que B dice que es de su propiedad, pero sin acreditarlo de ningún modo. B no paga y el banco pide una nota al Registro de la Propiedad y descubre que el bien con el que se avaló no era de B.

DOPICO, tras un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto del delito de estafa, afirma que este principio de autotutela no suele aplicarse tanto a los consumidores (aunque existen excepciones) como a los agentes económicos profesionales donde, *la condición de empresario, por lo general, “incrementa el nivel de exigencia del principio de autorresponsabilidad” de la víctima (STS 449/2004, de 2 abril)*. En estos supuestos y ante determinados negocios, el

principio de confianza que rige en los consumidores se altera y prima el principio de desconfianza de los profesionales ante determinadas actuaciones que deben ser comprobadas antes de llevar a cabo la transacción comercial o económica.

Ej. Manuel va al banco y pide un crédito diciendo que tiene una mina de oro en Brasil. El Banco sin solicitar documentación sobre la mina, su titularidad, su existencia, etc., otorga a Manuel un préstamo de 20.000 € que Manuel no devuelve. Los profesionales del banco están obligados a analizar la solvencia del sujeto siguiendo un procedimiento, y si el banco decide saltárselo y otorgarlo sin tomar las mínimas cautelas, el engaño podría ser considerado que no es bastante, sino que lo ha sido por la propia ausencia de autotutela exigido a la víctima. Distinto sería si Manuel falsifica toda la documentación sobre la mina y el banco la examina y, en función de la solvencia acreditada, concede el préstamo.

Causal: Ha de existir una relación de causalidad entre el engaño que provoca el error y el acto de disposición que da lugar al perjuicio, por lo que el engaño ha de ser precedente, o al menos concurrente, (dolo antecedente o concurrente) al momento en que el acto tiene lugar. El engaño debe ser la causa del error; el error debe dar lugar al acto de disposición y éste ha de ser la causa del perjuicio patrimonial [STS 18/11/2015]. En definitiva, el engaño debe suponer la asunción de un riesgo no permitido que provoque un resultado – acto de disposición que causa un perjuicio – que suponga la concreción de dicho riesgo no permitido (imputación objetiva).

Explícito: Manifestaciones, gestos y documentos que no se corresponden con la realidad. El engaño en muchas ocasiones conlleva una “puesta en escena” que deforma o disimula la realidad, ya sea por actos concluyentes (estafa en restaurantes u hospedaje) o por medio de un elaborado plan para hacer caer en el error al tercero.

Implícito o por omisión: Existe un debate doctrinal sobre si la estafa se puede cometer por omisión en situaciones donde no se expresa nada falso, pero no se desvela la realidad o verdadera situación. El silencio es el modo del engaño. Rescatando el tradicional ejemplo de ANTÓN ONECA, la estafa por omisión podría suceder cuando un cajero, ante la confusión de un parroquiano, recibe un precio mayor del debido y se calla. Frente a ello, GONZÁLEZ CUSSAC considera que en estos supuestos las omisiones no serían típicas, ya que el error preexiste a la omisión engañosa y, por consiguiente, no puede configurarse como su consecuencia. El error no es causa del engaño, sino que la víctima actúa en un error precedente que no es desmentido por el autor, lo que supone una inversión de los elementos de la estafa.

Otros autores defienden la posibilidad de la estafa por omisión cuando el autor ocupe una posición de garante (BAJO FERNÁNDEZ) que le obliga a desvelar el error al tercero (un notario que se da cuenta de que se está produciendo un engaño en un acto jurídico que eleva a público y calla; o un asesor jurídico respecto de su cliente).

En ocasiones surge el conflicto con las medias verdades, donde en un acto negocial no se afirma nada falso, pero no se desmiente la falsa representación que el sujeto que tiene de la realidad. X va a comprar un coche eléctrico porque

crea que lo puede conducir sin carnet. El vendedor, que sabe que sí lo necesita, no le saca de su error y le vende el coche. La solución de estos casos se plantea desde la perspectiva del deber de garante de la información –deber de aclarar alguna falsa representación de la realidad aun sin ser preguntado– y analizar si el vendedor estaba obligado a sacar del error al cliente.

b. Error

El error es la falsa representación de la realidad provocado por el engaño, y que supone la causa del acto de disposición. Basta con que el sujeto pasivo haya actuado en la creencia de engañosas manifestaciones para que pueda identificarse la existencia del error. Desde este punto de vista, el error es la consecuencia natural del engaño idóneo y bastante.

c. Acto de disposición

Acción u omisión de la víctima que produzca la transmisión del elemento patrimonial (incluyendo la cesión de derechos) y la pérdida de la disposición del mismo por parte del sujeto pasivo. Este acto ha de ser el causante del perjuicio patrimonial y se lleva a cabo por el engañado. Téngase en cuenta que es la propia víctima del engaño la que se auto causará un daño patrimonial (cuando la víctima del engaño coincida con el sujeto pasivo), obviamente creyendo erróneamente que conseguirá un beneficio.

d. El perjuicio patrimonial

El acto de disposición debe causar un perjuicio propio o ajeno, configurándose este como el resultado típico del delito. Por lo tanto, es necesario que se produzca un menoscabo en el patrimonio para que se consume el delito de estafa. Puede suceder que el perjudicado y sujeto pasivo no coincida con la persona objeto del engaño.

Estafas en triángulo: A convence a B que invierta el dinero de C en unos bonos que le rentarán el 10% anual. Con posterioridad, cuando C se acerca al banco para reclamar sus ganancias, le explican que los bonos son falsos, perdiendo su inversión.

f) Elemento subjetivo

La estafa es un delito que solo se castiga su comisión dolosa, exigiéndose el **ánimo de lucro** (persecución de un beneficio patrimonial) en el autor, para sí o para un tercero.

El **dolo ha de ser antecedente o en todo caso, concurrente**, a la conducta típica. Si el dolo surge con posterioridad no se estaría ante un delito de estafa y en muchos casos se redireccionará la acción hacia una apropiación indebida.

En el ámbito de la criminalización de los negocios civiles y mercantiles, el dolo de estafar se identifica cuando el propósito de incumplir el contrato se produce antes, o en el momento de la celebración del contrato, y se es capaz de convencer a la otra parte de que se cumplirá a través de una puesta en escena. Por el contrario, si el dolo acaece una vez iniciada la relación negocial

- *dolo subsequens* – nos encontraríamos ante un mero incumplimiento contractual con incidencia en el ámbito civil, pero no en el penal.

SAP Madrid (Sección 15) 21 de noviembre de 2011 ARP 2011\1460: *Al respecto, existe una muy abundante jurisprudencia que exige para la concurrencia del delito de estafa la presencia de un engaño como factor antecedente y causal de las consecuencias de carácter económico a que acaba de aludirse, habiendo declarado la Sala 2ª que " si el dolo del autor ha surgido después del incumplimiento, estaríamos, en todo caso ante un "dolo subsequens", como es sabido, nunca puede fundamentar la tipicidad del delito de estafa. En efecto, el dolo de la estafa debe coincidir temporalmente con la acción de engaño, pues es la única manera en la que cabe afirmar que el autor ha tenido conocimiento de las circunstancias objetivas del delito. Sólo si se ha podido conocer que afirmaba algo como verdadero, que en realidad no lo era, o que ocultaba algo verdadero, es posible afirmar que obró dolosamente. Por el contrario, el conocimiento posterior de las circunstancias de la acción, cuando ya se ha provocado, sin dolo del autor, el error y la disposición patrimonial del supuesto perjudicado, no puede fundamentar el carácter doloso del engaño, a excepción de los supuestos de omisión impropia. Es indudable por lo tanto que el dolo debe preceder en todo caso a los demás elementos del tipo de estafa.*

La diferencia del dolo civil – art. 1269 CC- con el dolo penal, en el ámbito de los negocios jurídicos bilaterales, es un aspecto ciertamente controvertido para el que existen multitud de tesis doctrinales (intensidad del engaño, tipo de error de la víctima, perjuicio patrimonial, etc.). El Tribunal Supremo ha llegado a la conclusión de que este tipo de deslinde se habrá de hacer “caso por caso” y en función de las circunstancias, entre las que tienen especial importancia el tipo de engaño – la puesta en escena – *con un claro y terminante ánimo «ab initio» de incumplimiento por parte del defraudador.*

Casos de contratos de descuento. Validez del *dolo subsequens* como dolo típico de estafa: En determinados contratos de descuento – factoring, letras de cambio, etc. – donde se ceden a una entidad financiera documentos de cobro – facturas, letras de cambio, pagarés, etc. -, y aquella anticipa el pago para que el empresario tenga liquidez y se encarga de cobrarlas a su vencimiento, descontando su porcentaje, se han planteado supuestos donde se comienza actuando de buena fe, pero a la mitad del negocio se decide engañar a la entidad financiera.

Ej. X firma un contrato de factoring con un banco. X envía las facturas emitidas a sus clientes (que pagan a 90 días) al banco. El banco le anticipa el importe, menos su comisión, y transcurridos los 90 días los cobra. El contrato se firma por un año y se prorroga por otro año. En el transcurso de segundo año X comienza a tener problemas de liquidez y con la intención de obtenerla emite un gran número de facturas sin un soporte real y obtiene liquidez. Cuando el banco las presenta al cobro se da cuenta del engaño.

El problema radica aquí en determinar el momento del nacimiento del ánimo de engañar, pues no fue antecedente, sino que surgió durante la relación negocial. Para evitar considerar este dolo como subsecuente y concluir que estas situaciones son atípicas, el Tribunal Supremo adoptó por mayoría el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de 28 de febrero de 2006 donde se concluye que “*El contrato de descuento bancario no excluye el dolo de la estafa si la ideación defraudatoria surge en momento posterior durante la ejecución del contrato*”.

IV. Conductas típicas en particular

a. Tipo básico: 248.1 CP

La estafa tradicional se contempla en el primer apartado del artículo 248 C.P, y se castiga con una pena de 6 meses a 3 años, si la cuantía de lo defraudado excediere de 400 € (vid. art. 249, segundo párrafo CP). Si no excediere de esa cantidad se castiga como delito leve con la pena de multa de 1 a 3 meses (antigua falta de estafa).

b. Conductas castigadas como estafas. 248 2 a),b),c) CP

El segundo apartado del artículo 248 castiga con la pena de estafas conductas que no encajan en la definición tradicional de estafa, pero que se caracterizan por utilizar un engaño - o prepararlo - con la intención de obtener un beneficio patrimonial.

i) Estafa informática (248.2.a CP)

Según este artículo, también se considerarán reos de estafa *Los que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro.* Puede apreciarse que en esta conducta faltaría el elemento de engaño a un tercero, que se sustituye por el de la manipulación informática. Manipulación se entiende como cualquier intervención en un sistema informático que suponga un uso incorrecto del mismo, incluyendo la utilización de datos falsos o sustraídos para operar con posterioridad.

STS de 17 de diciembre de 2008 (RJ 2009\131), castiga por este delito a la administrativa de una empresa que utiliza las claves de los bancos de la empresa en la que trabajaba para hacerse transferencias a su cuenta. El tribunal recuerda que: *Como en la estafa debe existir un ánimo de lucro; debe existir la manipulación informática o artificio semejante que es la modalidad comisiva mediante la que torticeramente se hace que la máquina actúe; y también un acto de disposición económica en perjuicio de tercero que se concreta en una transferencia no consentida. Subsiste la defraudación y el engaño, propio de la relación personal, es sustituido como medio comisivo defraudatorio por la manipulación informática o artificio semejante en el que lo relevante es que la máquina, informática o mecánica, actúe a impulsos de una actuación ilegítima que bien puede consistir en la alteración de los elementos físicos, de aquéllos que permite su programación, o por la introducción de datos falsos.*

Cuando la conducta que desapodera a otro de forma no consentida de su patrimonio se realiza mediante manipulaciones del sistema informático, bien del equipo, bien del programa, se incurre en la tipicidad del art. 248.2 del Código penal . También cuando se emplea un artificio semejante. Una de las acepciones del término artificio hace que este signifique artimaña, doblez, enredo o truco.

En ocasiones, este tipo de conductas están más cercanas al hurto o al robo con fuerza en las cosas, pues lo que se produce es una sustracción, aunque no responda a la obtención material a la que responde el verbo típico “tomar” o “apoderarse”.

ii) La fabricación, introducción, posesión o facilitación de programas de ordenador específicamente destinados a la comisión de estafas. Art. 248.b CP.

Nos encontramos que en este apartado concreto no se castiga ningún acto de engaño específico, sino que se adelanta la barrera de protección para punir los actos preparatorios de un delito de estafa no incluidos expresamente en el artículo 269 CP (que castiga la proposición, provocación y conspiración para cometer estafa). El mero hecho de poseer determinados instrumentos aptos para cometer una estafa informática (troyanos, software maliciosos, etc.) se castiga con la misma pena que la comisión de esta lo que provoca una quiebra del principio de proporcionalidad de las penas patente.

iii) Utilización de tarjetas de crédito, débito, cheques de viajes o los datos obrantes en ellas. Art. 248.c CP.

En este supuesto, el comportamiento típico tampoco se compone de los elementos típicos de la estafa, pues se castiga el utilizar las tarjetas o los datos obrantes en ellas y realizar operaciones que causen un perjuicio a su titular o a un tercero. En esta ocasión falta tanto el engaño como el error (*A sustrae la tarjeta de B y paga el peaje de la R5*), aunque podrían aparecer (*A paga en un comercio con la tarjeta de B haciéndose pasar por él*). Antes de la LO 5/2010 (penúltima reforma del CP hasta el momento) este comportamiento no estaba expresamente tipificado en el artículo de la estafa, y se castigaba o como robo con fuerza en las cosas (cuando se utilizaba la tarjeta para sacar dinero de un cajero), estafa (cuando había suplantación de identidad) o estafa informática (cuando se operaba por internet con ella).

c. Art. 250 CP. Tipo agravado de estafa

La pena de estafa se agravará de 1 a 6 años y multa de 6 a 12 meses si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

- I. La estafa recaiga en bienes de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social: El fundamento de la agravación reside en la importancia del objeto material que es transmitido. Pueden ser bienes básicos para la supervivencia (medicamentos, alimentos, agua, ..) así como la vivienda u otros

objetos de utilidad social (carnet de conducir, documentos de residencia, etc.).

Ej. Durante el estado de alarma decretado en España por el Covid-19, X llevó a cabo una estafa por internet, donde se ofrecían mascarillas y se cobraban por adelantado, pero nunca se enviaba.

II. Abuso de firma en blanco: La estafa se agravará cuando se perpetre abusando de la firma de otro, sustrayendo, ocultando o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, protocolo o documento público u oficial de cualquier clase. El fundamento de la agravante radica en el medio de cometer la estafa, pues exige la comisión de una falsedad al utilizar la firma de otro para un negocio no querido por este o que se tergiverse la realidad a través de la ocultación o destrucción de un documento público u oficial.

Ej. A obtiene poderes generales de B con la finalidad de operar en su cuenta, y aprovechando ese poder, hipoteca los bienes de B y obtiene un préstamo que no paga, provocando la ejecución judicial de los bienes de B.

III. Recaiga sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico. Se agrava la conducta para intentar proteger los bienes sobre los que la estafa ha de recaer.

Ej: A se hace pasar por tasador y se le permite el acceso a un incunable. Durante su examen, aprovecha para cambiarlo por una copia y sustrae el original.

IV. Especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica que deje a la víctima: El motivo que soporta el aumento de la penalidad es la entidad del perjuicio que se causa a una persona, atendiendo especialmente la situación en la que quede tras la estafa.

Ej. A, mediante el timo de la estampita, estafa a B mil quinientos euros. B se encontraba en el paro, sin derecho al subsidio y tenía es dinero ahorrado para pagar su alquiler durante 4 meses. Como consecuencia de la estafa y de no poder pagar el alquiler, es desahuciado y debe dormir en un albergue.

V. Cuando el valor de lo defraudado supere los 50.000 €, o afecte a un elevado número de personas. Criterio objetivo de aumento de la pena por el importe de lo defraudado, así como cuando los efectos de la estafa (aunque sea de importe menor por cada una) haya provocado un número elevado de víctimas. La interpretación de "elevado número" aún debe ser concretada por la jurisprudencia, pero parece que el legislador intenta perseguir las estafas a los

consumidores o aquellas que se realizan por organizaciones criminales y se extienden a un gran número de personas y países.

En estos supuestos se suele plantear el problema de si es compatible castigar por el delito continuado/masa del art. 74 CP y aplicar esta agravante por la suma de la defraudación - *Ej. X utilizando el mismo método estafa a 10 personas 6.000 €*-. Si se aplica el delito continuado del art. 74.2 CP se habría de sumar las cantidades totales y eso implicaría aplicar este supuesto agravado junto a la agravación de la pena por el delito continuado. Sobre este particular se ha de tener en cuenta que el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de 30 de octubre de 2007 advirtió que *la regla del artículo 74.1 CP queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración*.

- VI. Se cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador o aprovechándose de su credibilidad empresarial o profesional: Esta modalidad, que tiene su fundamento en la mayor gravedad del engaño, provoca en bastantes ocasiones una doble punibilidad cuando el engaño precisamente reside en la confianza que se obtiene por parte de la víctima, y sin ésta no se hubiese podido cometer. Tampoco ha de operar la agravante, de manera automática, cuando el autor sea un empresario (comerciante) o profesional (un abogado, por ejemplo) y haya cometido la estafa en el ejercicio de sus funciones. Se ha de exigir un aprovechamiento extra de estas circunstancias que trascienda a la mera puesta en escena necesaria para llevar a cabo el engaño.

La STS de 16 de marzo de 2016 recuerda que: *El art. 250.1.6 del CP incrementa la pena asociada al tipo básico cuando el delito se comete aprovechando el defraudador "...su credibilidad empresarial o profesional". Es evidente que esta forma agravada de estafa no opera de forma automática, ni se actúa ante la mera existencia de esa credibilidad (STS 383/2013, 12 de abril). En otras palabras, si la credibilidad empresarial ha servido para incardinar los hechos como típicos del delito de estafa, no puede ser objeto, de nuevo, de valoración en el citado tipo agravado sin conculcar el principio de la prohibición de doble valoración de las circunstancias fácticas de la norma aplicada como injusto típico, que es una variante del principio de taxatividad (STS 1077/2007, 13 de diciembre)*.

- VII. Estafa procesal: De conformidad con el artículo 248.7 CP: *Incurren en la misma los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipulen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el juez o tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero*.

En la estafa procesal, el sujeto pasivo del engaño es el juez, quien a través de determinadas manipulaciones probatorias cae en un error en la valoración de estas, razón por la cual dicta una

resolución no ajustada a la realidad material probatoria. El engaño se ha de producir en el marco de un procedimiento judicial de cualquier clase, y no es necesario que se celebre juicio, pues en función de la prueba falsa se puede llegar a una transacción o acuerdo. En este caso, el engañado (juez) no coincide con el perjudicado, que será aquel que recibe la resolución contraria a sus intereses fundamentada en una prueba falsa.

- VIII. Multirreincidencia: En la LO 1/2015 se incluyó esta agravante especial que aumenta la pena cuando al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este capítulo. Esta agravante entra en conflicto con la medición penológica de la aplicación común de multirreincidencia del art 66.1. 5º CP.

Delito leve de estafa y las agravantes del artículo 250 CP

Como ya se ha expuesto, el delito leve de estafa se tipifica en el segundo párrafo del artículo 249 CP, que contempla una pena de multa de uno a tres meses si la cuantía de lo defraudado no excediera de 400 €. El artículo 250 CP introduce las agravantes del delito de estafa, sin especificar este artículo si también se aplicará a las estafas leves. Ante esta situación, interesa plantear el siguiente supuesto de hecho:

“Un sujeto X va a una gasolinera y llena el depósito de su ciclomotor. 15 € de gasolina sin plomo. En vez de pagar, se sube en su moto y se va del lugar. Poco después es detenido y acusado por un delito de estafa leve. X había sido previamente condenado tres veces por distintos delitos de estafa y no tiene los antecedentes cancelados”.

La pregunta que surge ante este supuesto y este delito leve es si le sería de aplicación la agravante del artículo 250 CP, ya que el Código no hace distinción al referirse al delito de estafa y la pena podría aumentar de multa de uno a tres meses de prisión al marco penal de uno a seis años.

Ante este supuesto surge la duda de si los delitos de estafas leves (anteriores faltas), se transformarán en delitos graves si le resultase de aplicación alguna de las circunstancias agravantes del artículo 250 CP.

La STS de 3 de febrero de 2020 se plantea la resolución de un caso similar al expuesto, concluyendo que el salto agravatorio tan intenso que se produciría si se interpretase que de manera analógica al hurto (art. 235 CP), la estafa leve se incluye en el artículo 250 CP, vulneraría el principio de prohibición de la analogía en mala parte. La sentencia hace dicha interpretación extensiva a todas las circunstancias agravantes del artículo 250 CP respecto del delito leve de estafa, aunque alguna por su propia naturaleza (perjuicio mayor de 50.000 €, etc.) queden excluidas *per se*. **Por lo tanto, las agravantes del artículo 250 CP no serán aplicables a los delitos leves de estafa.**

d. Estafa híper agravada 250.2 CP

En el supuesto de que concurran las circunstancias agravadas contempladas en los numerales 4 (*especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica que deje a la víctima*), 5 (*Cuando el valor de lo defraudado supere los 50.000 €, o afecte a un elevado número de personas*), 6 (*se cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador o aprovechándose de su credibilidad empresarial o profesional*) o 7 (*estafa procesal*), con las del numeral 1 (*La estafa recaiga en bienes de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social*) se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de 12 a 24 meses (eso sucedería, por ejemplo, cuando el objeto de la estafa recayese sobre medicamentos y el valor de lo defraudado superase los 50.000 €).

Por último, cuando el valor del perjuicio patrimonial causado supere los 250.000 € se impondrá la pena descrita en el párrafo anterior.

e. Estafas impropias.

El artículo 251 CP castiga concretas conductas que implican un engaño, pero que son calificadas como estafas impropias al no concurrir en estas todos los elementos típicos en el orden establecido en el artículo 248.1 CP.

- ✓ Atribución falsa la propiedad de una cosa. El primer apartado del artículo 251 CP castiga a aquel que transmita, grave o arriende un bien, mueble o inmueble, careciendo del derecho que le permite realizar el negocio jurídico. Ello puede suceder porque nunca lo tuvo, o porque lo ha perdido al haber transmitido el derecho sobre el bien. *A vende a B la moto de su hermano (como si fuese suya), sin tener poder o mandato para hacerlo.*
- ✓ Ocultación de un gravamen y doble venta: El segundo párrafo contempla dos situaciones. La primera es la enajenación o transmisión de un derecho sobre un bien, mueble o inmueble, ocultando la existencia de una carga sobre el mismo. *(A vende un inmueble a B como libre de cargas, aunque es consciente que está arrendado a C).* La segunda conducta típica sería la que cometería aquel que vende un bien libre de cargas, y con posterioridad la enajenare o gravare, antes de la definitiva transmisión del adquirente. *A vende un inmueble a B, y antes de que B proceda a inscribirlo en el Registro de la Propiedad, se lo vende nuevamente a C.*
- ✓ Contrato simulado en perjuicio de otro: En el tercer apartado del artículo 251 CP se castigan supuestos donde se otorga un contrato, y una de las partes carece de facultades para otorgarlo porque nunca las tuvo o porque se excede en el poder que se le ha concedido. Se produce una simulación contractual idónea como

medio del engaño para conseguir la transmisión patrimonial. A otorgó a B un poder notarial, que con posterioridad revocó. B, que es consciente de la revocación, tiene copia de ese poder y lo utiliza para obtener un préstamo gravando los bienes de A.

IV. Excusa absolutoria

La excusa absolutoria de parentesco del artículo 268 C.P es aplicable a los delitos de estafa, en los términos ya expuestos (vid. hurto).

V. Responsabilidad penal de la persona jurídica

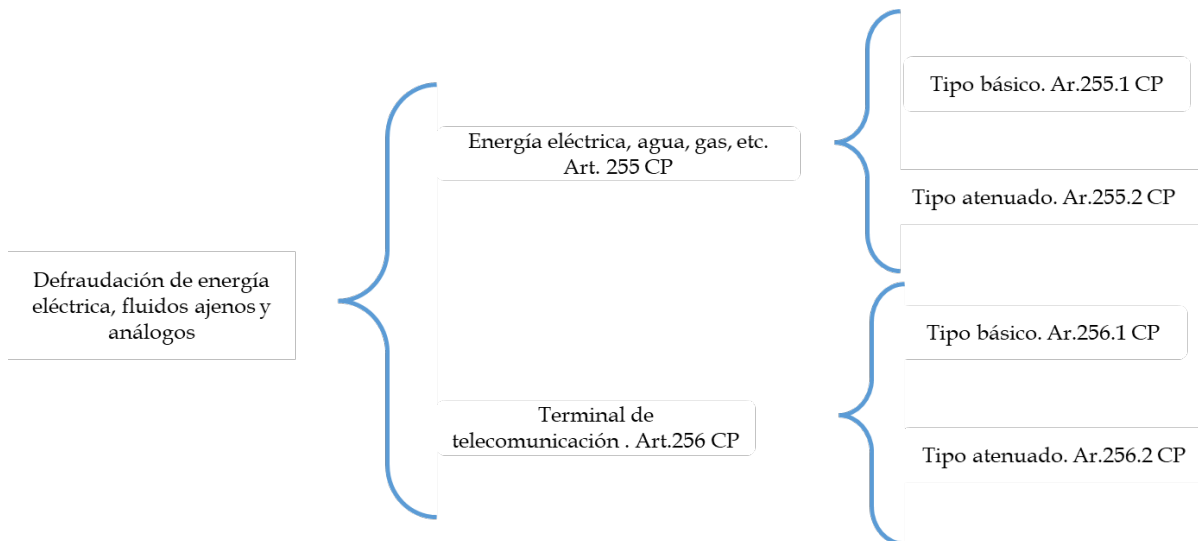
De conformidad con el artículo 251 bis CP la comisión de algún tipo de delito de estafa provoca la responsabilidad de la persona jurídica ex artículo 31.1 bis CP

VI. Casos prácticos.

- 1) José opositor a judicatura, paga a Juan 3.000 € para que se los haga llegar al tribunal que le juzgará, pues Juan le ha dicho que sólo aprobará si paga esa cantidad. Juan se queda con el dinero.
- 2) Manuel, agente financiero de un banco, convence a Nuria de que si le entrega 60.000 €, se los devolverá duplicados en un mes. Nuria lo entrega y pierde el dinero.
- 3) Rosa, curandera de profesión en su pueblo, cobra 500 € por invocar al demonio para que respete el feto de las embarazadas y el parto salga bien. María acude y paga. Con posterioridad su hijo nace muerto.
- 4) José entra una noche en un hotel de Cáceres. Pide una habitación, cena en el hotel y se bebe todo el minibar. Al día siguiente confiesa al recepcionista que no tiene dinero.
- 5) Juan, abogado de Pedro, presenta en un procedimiento judicial un contrato de arrendamiento falso para intentar conseguir que el juez falle a su favor. La otra parte se da cuenta y lo pone en conocimiento del juez.
- 6) Rosa se hace pasar por tasadora profesional. Mario le encarga la tasación de un cuadro de Goya. Durante el proceso de tasación, Rosa consigue una falsificación del cuadro y lo cambia.
- 7) María, directora de la oficina del banco de un pequeño pueblo, convence a tres vecinos para que la apoderen en sus cuentas y que todo sea más fácil. Aprovechándose de ese poder, María transfiere los fondos a su cuenta.
- 8) José averigua la clave de internet de su padre para operar con el banco, la utiliza y transfiere 36.000 € a su cuenta.

- 9) Manuel vende un inmueble libre de cargas a José en un contrato privado. Antes de que se eleve a público y José lo inscriba, solicita una hipoteca y grava el inmueble con una carga de 150.000 €. Cuando José lo va a inscribir se da cuenta de ello.
- 10) Norman envía un email a Juan ofreciéndole un negocio muy lucrativo. Norman (a quien Juan no conoce) tiene dos millones de dólares, pero están tintados para que no puedan ser utilizados fuera de Guinea Ecuatorial. Si Juan le entrega 10.000 € para pagar un producto con los que limpiar los dólares, Norman le entregará la mitad. Juan transfiere los fondos y Norman desaparece.

Defraudación de fluidos eléctricos o análogos



I. Defraudación de fluidos eléctricos y análogos

La especialidad de este tipo delictivo, que no deja de ser una defraudación realizada a través de determinados medios, reside en el objeto material del delito que se concreta en energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otros elementos o fluidos ajenos. Nos encontramos ante un objeto material que fluye y que su aprovechamiento tiene un valor en el mercado. Se incorporó al Código Penal de 1944 como conducta delictiva autónoma, pues con anterioridad se había optado por castigarlo como hurto, pero el objeto material no se adecuaba correctamente al bien mueble ajeno que requiere el hurto.

a) Bien jurídico protegido

Nos encontramos ante un delito que protege el patrimonio de determinados productores o distribuidores del objeto material o del consumidor al que le cargaran los servicios consumidos de marea clandestina por un tercero. Por lo

tanto, el bien jurídico protegido seguirá siendo el patrimonio de las empresas que suministran energía, gas, etc. y ven defraudadas sus expectativas de cobro.

b) Sujeto activo

Es un delito común que puede ser cometido por cualquier persona en concepto de autor. No es un delito de propia mano, pues a pesar de que se requieran unas concretas maquinaciones técnicas para realizar la defraudación, la jurisprudencia se inclina por castigar al que se aprovecha de la misma, aunque no haya quedado probado que la alteración la realizó él materialmente. Eso sí, deberá conocer que existen esas instalaciones clandestinas y aprovecharse de las mismas.

La SAP de Madrid (Sección 1ª) nº 452/13 interpreta que: *No es necesario que el mecanismo o medio clandestino utilizado para llevar a cabo la defraudación los haya sido instalado por el beneficiario de la defraudación, bastando con que conozca su existencia y la aproveche para obtener el suministro de que se trate (energía eléctrica, gas, agua, etc.), sin pagar su importe, aunque un completo desconocimiento de la existencia de los mecanismos defraudadores daría lugar a un error sobre el tipo excluyente del dolo.*

c) Sujeto pasivo

El productor, distribuidor de la energía, fluido o análogo, o la persona (física o jurídica) que paga su suministro y éste es aprovechado por otro por medio de una defraudación. Ej. *Un vecino engancha al suministro eléctrico de la comunidad de vecinos sus electrodomésticos, porque consumen mucho y prefiere que se reparta el coste entre los 10 vecinos del edificio, que con sus cuotas pagan los gastos comunes.*

d) Objeto material

La especialidad del objeto material propició la incorporación de un tipo penal específico que lo concreta en elementos que fluyen y representan servicios básicos para el desarrollo social. Así nos encontramos la energía eléctrica, el gas, el agua, las telecomunicaciones (cualquier medio que facilite la comunicación a distancia, wifi, datos, etc.) energía o fluidos ajenos. Todos se caracterizan por ser servicios que se suministran a través de redes organizadas y se tarifica su consumo a través de aparatos mecánicos de control (contadores). Ello excluye de este tipo delictivo a estos objetos cuando se encuentren envasados y tengan un valor concreto en el mercado.

Ej. Alterar el contador del agua vs. apropiarse de un cargamento de botellas de agua envasada. El primer supuesto sería una conducta típica, pues el objeto material fluye y se ha producido una defraudación contemplada en el tipo penal, mientras que la segunda será un hurto. Por lo tanto, la naturaleza del objeto material (agua, gas, energía) ha de ponerse en relación con la incorporación a una red por la que fluye y se tarifica su consumo.

e) Conducta típica

Nos encontramos ante un tipo de defraudación que especifica concretas maquinaciones fraudulentas descritas en el delito. Son las siguiente:

- Valiéndose de mecanismos instalados para realizar la defraudación: El engaño se concreta en la instalación de determinados instrumentos para desviar el flujo del servicio de un modo clandestino. Ej. *X engancha el sistema eléctrico de su casa a la red eléctrica cercana a través de un cable adaptado para realizar la desviación.*

- Alterando maliciosamente las indicaciones o aparatos contadores: Esta conducta consiste en manipular los contadores para que no tarifiquen o lo hagan de manera más lenta el consumo (para intentar evitarlo los contadores llevan un precinto oficial). Ej. *X abre el contador de agua de su casa, y ayudado de su amigo electricista, lo altera para que tarifique su consumo de un modo más lento, por lo que sólo paga el 10% del consumo real.*
- Empleando cualesquiera otros medios clandestinos: Esta tercera forma de defraudar, que supone una cláusula abierta que convierte las dos primeras en ejemplificativas, acoge cualquier tipo de maquinación fraudulenta siempre que sea clandestina, es decir, que sea secreta, oculta, y esté especialmente configurado para eludir el pago. Ej. *X descubre la clave de wifi de un vecino y la utiliza para ver películas sin que el vecino lo sepa.*

f) Iter criminis

El delito ha de causar un perjuicio a un tercero para que se consume, por lo que nos encontramos ante un delito de resultado. Si el importe del perjuicio es superior a 400 € se aplicará el tipo básico y si es menor el tipo atenuado.

La medición del importe de la defraudación para acreditar que se ha superado el importe de 400 € suele plantear problemas probatorios, ya que en muchas ocasiones no se sabe el consumo real, sino que se ha utilizado durante un periodo de tiempo concreto. En ocasiones se ha intentado utilizar el método de estimación aproximada que realizan las compañías eléctricas para facturar el consumo medio – multiplicando la potencia contratada por seis horas de utilización diaria durante un año, que con posterioridad se compensa al alza o la baja. (Reglamento 1955/2000). Frente al intento de utilizar estas liquidaciones como medio de prueba del perjuicio total, la SAP de Madrid, (Sección 1ª) nº 206/2002, recuerda que: *Lo que ocurre es que tal liquidación, al tomar como presupuesto determinadas suposiciones o conjeturas, no puede constituir un elemento probatorio apto para acreditar el elemento del tipo pretendido, pues ello supondría desconocer el principio de presunción de inocencia...* No obstante, existen otras audiencias que han aplicado tal método para cuantificar el perjuicio (SAP Zaragoza 5 de mayo 2015, Valencia 1 de abril de 2015).

Por lo tanto, en caso de no quedar probado que el importe supera los 400 €, pero sí que hubo instalación clandestina y uso, se habrá de optar por aplicar el tipo atenuado.

La instalación de elementos tendentes a defraudar, sin llegar a utilizarlos puede ser considerado como el inicio de la ejecución del delito, y por lo tanto ser considerado como una tentativa punible (MUÑOZ CONDE, GONZÁLEZ RUS).

La forma de ejecución de la conducta punible, donde se realiza la conexión clandestina y se utiliza durante un periodo de tiempo continuado, provoca que el delito sea considerado como permanente durante el tiempo que dure la única conexión, ya que la persona ejecuta la conducta una sola vez y se beneficia de ello. En caso de realizarse varias conexiones y desconexiones en distintos periodos de tiempo se suele castigar como delito continuado.

Ej. X se conecta a una red eléctrica ajena y se aprovecha de esa misma conexión durante un año. (Delito permanente)

Ej. X se conecta a una red eléctrica. Al mes lo descubren y se desconecta. Con posterioridad vuelve a conectarse a otra red durante un mes, hasta que le descubren de nuevo. Tras desconectarse, se engancha a una tercera línea eléctrica. (Delito continuado).

g) Elemento subjetivo

Se castiga únicamente la comisión dolosa del delito con ánimo de lucro. El conocimiento deberá abarcar la existencia de una conexión clandestina y el aprovechamiento que la misma provoca.

II. Delito de uso de terminal de telecomunicaciones sin permiso

El artículo 256 CP se configura como un tipo delictivo de uso no consentido de un terminal telefónico que cause un perjuicio a su titular.

a) Bien jurídico protegido

El patrimonio del titular de la línea de teléfono, que debe hacer frente a unos gastos por el uso de un teléfono que no ha consentido.

b) Sujeto activo

Cualquiera. Estamos ante un delito común.

c) Sujeto pasivo

El titular de la línea de teléfono que abona el importe de las facturas por su uso y disfrute.

d) Conducta típica

El verbo típico consiste en usar **sin consentimiento** de su titular un terminal telefónico y causar un perjuicio. Si es superior a 400 € se aplicará el tipo básico y si es menor, el atenuado. El uso puede conllevar llamadas, pero también consumo de datos u otra actividad que produzca un gasto.

Se ha de diferenciar el uso con falta de consentimiento del uso indebido, donde se autoriza la utilización de un terminal para un uso concreto y se destina también a otro uso. Ej. *X recibe un teléfono de su empresa para dedicarlo a temas profesionales. Varias noches, X llamó a un programa televisivo de tarot para que le dijeran su futuro. La SAP de Álava (Sección 2ª) nº 352/2012, al plantearse una situación similar a la expuesta llegó a la conclusión que un uso indebido resulta atípico, argumentándolo del modo siguiente: E artículo 256 CP dispone la sanción al que "hiciera uso de cualquier equipo terminal de telecomunicación, sin consentimiento de su titular", así pues, es el uso in consentido lo que se castiga, no el uso indebido.S.L. consintió el uso del teléfono móvil al acusado (para eso de lo entregó) y, por tanto no concurre el elemento principal del tipo penal. No cabe hacer una interpretación extensiva de la norma (art. 4.2 CC y art. 4.2 CP) y vulneraría el principio de intervención mínima del Derecho Penal criminalizar el uso indebido de un teléfono asignado con ocasión del desempeño de funciones laborales o profesionales.*

e) Objeto material

El delito se comete a través de un equipo de telecomunicaciones, que según la Ley 32/2003, de 3 de noviembre (apartado 10 del Anexo II) se habrá de entender como *"aquel equipo destinado a ser conectado a una red pública de comunicaciones electrónicas, esto es, conectado directamente a los puntos de terminación de aquella o interfuncionar, a su través, con objeto de enviar, procesar o recibir información.*

Cuando lo que se utiliza únicamente es una tarjeta SIM ajena en un terminal propio existen dos líneas jurisprudenciales distintas, una que aboga por considerarlo un terminal y castigar la conducta ex art. 256 CP y otra que considera que no se puede aplicar como tal. La primera tesis se puede encontrar, por ejemplo, en la SAP de Madrid (Sección 16) nº 144/2006 la cual considera que lo que hace operativo al aparato y permite el servicio de telefonía es la tarjeta, la cual funciona por sí sola como un terminal; La segunda tesis es la defendida en la SAP de Barcelona (Sección 3ª) nº 429/2003 con el siguiente argumento: *... debe concluirse que cuando el tipo penal consigna equipo terminal de telecomunicaciones, solo puede referirse a aquel tipo que por sí solo, y sin ningún aditamento, puede realizar y recibir comunicaciones, es decir, un equipo completo que constará, en caso de teléfonos móviles, tanto del equipo físico, como del programa que se halla incorporado normalmente en una tarjeta. Es cierto que podría interpretarse que para realizar la conducta de los acusados mencionados estos introdujeron la tarjeta de un teléfono móvil y así completaron el equipo terminal de telecomunicaciones. Pero esa conducta tampoco se podría incardinar en el precepto, sin interpretar una interpretación extensiva del mismo contraria al principio de legalidad...*

f) *Iter criminis*

Nos encontramos ante un delito de resultado que exige un perjuicio al titular de la línea. Si supera los 400 € se aplicará el tipo básico y en caso contrario se aplicará el tipo atenuado.

g) Elemento subjetivo

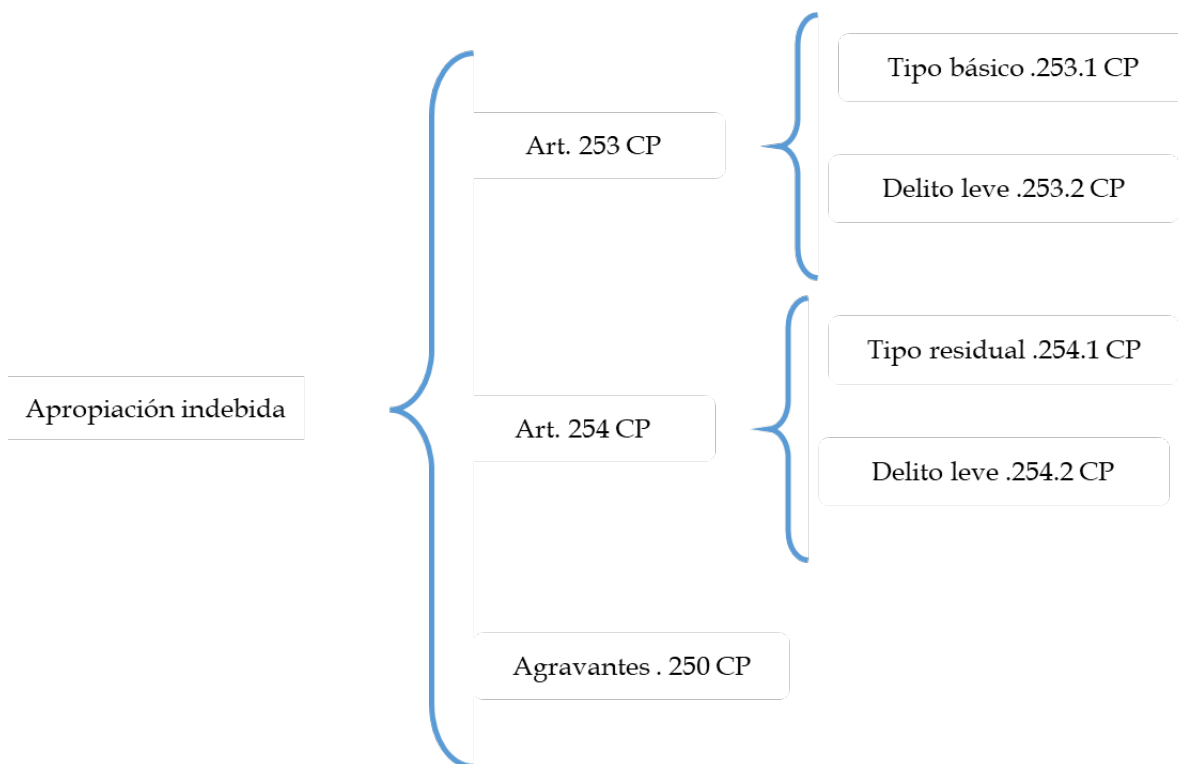
Se castiga la comisión dolosa de la conducta. El dolo deberá abarcar el conocimiento de la ajenidad del terminal de telecomunicaciones y la ausencia de consentimiento para utilizarlo.

III. Supuestos prácticos

- 1) Pedro trabaja para la autoescuela Molina como contable y administrativo, y entre sus funciones se encuentra llamar a clientes y proveedores. Durante las tardes, al estar solo, realiza llamadas a una línea erótica. A los tres meses la autoescuela se da cuenta de la factura tan abultada. Las llamadas a un 608 ascendían a 3.500 €.
- 2) Manuel y Rosa se encuentran ambos en paro, y viven en Madrid, en una chabola construida con uralita y trozos de madera recogidos de los contenedores. Tienen tres hijos de 3, 5 y 6 años. El año pasado su cuarto hijo, de 1 año, murió de una pulmonía. Ante la llegada del invierno, enganchan a una conducción de luz cercana un cable para que, únicamente, caliente dos radiadores que les han dejado, y una bombilla. Cuando los operarios de la compañía eléctrica se dan cuenta, a los 6 meses, presentan una denuncia contra ambos.
- 3) Nuria se apodera de la tarjeta de móvil de su hermana, y la coloca en su teléfono móvil. Durante 2 años realiza llamadas al extranjero que alcanzan un importe de 3.500 €. Cuando su hermana se da cuenta interpone una denuncia.

- 4) José, harto de los vecinos de su pueblo y con la intención de que se destituyese al alcalde y a sus concejales, sube al depósito de agua que lo abastecía y abre los grifos para que se vacíen, manipulando la conducción para que no fuese al depósito sino a un arroyo cercano.
- 5) Antonio, administrador de una empresa de suministros, recibe la visita de un electricista. Éste le asegura que puede arreglar sus contadores para que giren de un modo más lento y así poder ahorrar dinero. Antonio lo autoriza y el electricista modifica el contador. Utiliza este sistema durante 6 años seguidos hasta que es denunciado.
- 6) Manuel, funcionario de los juzgados de Madrid, llama diariamente a su desde el teléfono del juzgado a su hija, que se encuentra estudiando en los EE.UU, durante dos meses seguidos. El importe de las llamadas asciende a 700 €.
- 7) Mario, celoso del purasangre que tiene su vecino, y aprovechando que una yegua que tiene está alta, una noche lleva su yegua al cercado donde se encontraba el purasangre, y con ayuda de José, que sujeta a la yegua, consigue que el purasangre la monte. Cada salto del purasangre lo cobraba su dueño a 1.500 €.
- 8) José Manuel, aprovechando que su vecino tiene una wifi muy potente, consigue acertar la clave del mismo, y lo utiliza diariamente para conectarse a internet y ver películas. Lo utiliza durante tres años seguidos. El vecino pagaba una tarifa fija de 50 €.
- 9) El día 10 de marzo de 1.995 personal del servicio de inspección de la Entidad suministradora de agua de Granada, se presentó en el domicilio habitual de la arrendataria Doña Pilar, quien les franqueó el acceso, comprobando los inspectores que dicha vivienda disfrutaba del suministro de agua potable por conexión directa a la red sin contador instalado por la empresa ni póliza de abono que amparases el consumo. Doña Pilar llevaba habitando en dicha vivienda desde hacía 25 años, creyendo que abonaba el agua entre los diferentes cargos que le pasaba el arrendador del edificio. No ha resultado acreditado el importe del consumo de agua efectuado en dicha vivienda.
- 10) Antonio realiza una derivación de la tubería que pasa por delante de su corral, para poder dar de beber a sus corderos sin pagar el agua. No obstante, antes de que comience a utilizarla, el guarda del ayuntamiento se da cuenta y lo denuncia a la Guardia Civil.

Apropiación indebida



I. Introducción

Los delitos de apropiación indebida han sufrido una importante reforma en la LO 1/2015, con la finalidad de diferenciar este delito respecto del tipo penal de administración desleal, que se ha incorporado en el artículo 252 C.P⁵⁹ (en sustitución del extinto artículo 295 C.P).

La Exposición de Motivos de la citada ley transmite dicha finalidad del modo siguiente: *La reforma se aprovecha asimismo para delimitar con mayor claridad los tipos penales de administración desleal y apropiación indebida. Quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación indebida. Pero quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie; por ello, quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlos, y realiza actuaciones para las que no había sido autorizado, perjudicando de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal.*

Con esta reforma se intenta poner fin a los problemas concursales surgidos tras la STS de 28 de febrero de 1998 (Sentencia *Argentia Trust*) donde se aplicó el

⁵⁹ Art. 252.1. CP Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas a la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio patrimonial al administrado.

tipo penal de apropiación indebida a un supuesto de distracción del patrimonio ajeno, sin que quedase probado que el dinero distraído había sido incorporado al patrimonio del acusado, bajo la interpretación que la distracción de un patrimonio administrado era un acto típico del delito de apropiación indebida, aunque no hubiese quedado demostrado el *animus rem sibi habendi*. El problema concursal surgió porque estos hechos también eran típicos del delito societario de administración desleal del artículo 295 C.P.⁶⁰, que se incorporó al CP tras la reforma de 1995, lo que dio lugar a múltiples y diversas interpretaciones jurisprudenciales que perseguían establecer criterios interpretativos que sirvieran para diferenciar ambos tipos penales. El legislador ha intentado, en esta reforma delimitar ambos tipos, redireccionando la apropiación indebida clásica al delito del artículo 253 CP y derivando los supuestos de gestión desleal del patrimonio ajeno al tipo penal del artículo 252 CP

II. Elementos típicos

En el artículo 253 CP se regresa a las raíces de este tipo penal, donde se castiga a quien se apropiare, para sí o un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o negare haberlos recibido. La gran diferencia con el delito de hurto es que en este tipo penal se parte de una tenencia del bien **legítima**, que en un momento dado se torna en ilegítima, momento en que comienza a cometerse el delito. En el hurto nunca se parte de una posesión lícita, sino que se toma un bien mueble ajeno sin la voluntad de su dueño.

Ej. Pedro le pide a Juan que le guarde durante dos meses un reloj de gran valor, porque en su casa se están produciendo obras. Tras los dos meses, Pedro le solicita la devolución y Juan se niega a entregarlo, ya que lo usa y le ha cogido cariño.

La diferencia con la estafa radica en el engaño previo y bastante, ya que en ocasiones puede suceder que el sujeto pasivo de la estafa entregue voluntariamente el bien, pero esa entrega se basa en un error provocado por un engaño previo. Sin embargo, en la apropiación indebida no existe un dolo antecedente en la fase de tenencia legítima, sino que la intención de apropiarse del bien aparece en el momento que la misma se convierte en ilegítima.

Ej. Pedro convence a Juan para que le entregue 15.000 € para invertirlos en un fondo de inversión que va a crear y con la promesa de devolvérselos duplicados en 6 meses. Pedro nunca tuvo la intención de constituir un fondo de inversión, y se gasta el dinero en otros asuntos. Al llegar los 6 meses le dice a Juan que el fondo no ha ido bien y se ha perdido la inversión. (Estafa)

Ej. Pedro da a Juan 15.000 € para que se los entregue al arrendador de un local cuando llegue el vencimiento (a los tres meses.) Al llegar el vencimiento, Juan le da sólo 10.000 €

⁶⁰ Art. 295 CP (Derogado). *Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o e formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.*

ya que los otros 5.000 € los tuvo que destinar al pago de una deuda y no ha tenido oportunidad de recuperar el dinero a tiempo para pagar completo el alquiler. (Apropiación indebida)

El delito se concreta en la apropiación de cosa ajena, entregada por el dueño por **título no traslativo de dominio o para uso determinado**, que se produce al transmutarse la posesión legítima en propiedad ilegítima, ejerciendo el autor poderes dominicales que no le corresponden e incorporando el objeto a su patrimonio. Como estableció la STS 31.1.2005: *en el ámbito jurídico-penal apropiarse indebidamente de un bien no equivale necesariamente a convertirse ilícitamente en su dueño, sino a actuar ilícitamente sobre el bien, disponiendo del mismo como si se fuese su dueño, prescindiendo con ello de las limitaciones establecidas en garantía de los legítimos intereses de quienes lo entregaron.*

El auto de 28 de marzo de 2005 (nº. 164/2005) de la SAP de Madrid (Sección 4ª) resume los elementos típicos de la apropiación indebida del modo siguiente: *De otra parte, según constante jurisprudencia, el delito de apropiación indebida que se imputa a los denunciados tiene los elementos estructurales siguientes:*

a) *que el sujeto activo reciba de otro uno de los objetos típicos, esto es, dinero, efectos valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial. En este elemento se requiere que el sujeto activo tenga el objeto del delito en virtud de una legítima posesión por haberlo recibido de otro;*

b) *que el objeto típico haya sido entregado al autor por uno de los títulos que generan la obligación de entregarlos o devolverlos, definición que incluye a los títulos que incorporan una obligación condicionada a entregarlos o devolverlos, excluyendo aquéllos que suponen la entrega de la propiedad. En este sentido la jurisprudencia de esta sala ha declarado el carácter de "numerus appertus" del precepto en el que caben, dado el carácter abierto de la fórmula, "aquellas relaciones jurídicas, de carácter complejo y atípico que no encajan en ninguna de las categorías concretas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en la norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver" (SSTS. 31.5.93 , 1.7.97);*

c) *que el sujeto activo realice una de las conductas típicas de apropiación o distracción del objeto típico, que se producirá bien cuando el sujeto activo hace suya la cosa que debiera entregar o devolver con ánimo de incorporarla a su patrimonio, bien cuando da a la cosa un destino distinto a aquél para el que fue entregada;*

d) *que se produzca un perjuicio patrimonial lo que caracteriza al delito de apropiación indebida como delito de enriquecimiento, y*

e) *que la apropiación sea presidida por la intención de haber la cosa como propia, la voluntad de apropiación.*

a) Bien jurídico

El bien jurídico protegido es la propiedad, pues se castiga a aquel que indebidamente se apropia de lo ajeno. Junto a ello, la doctrina (MANJÓN CABEZA-OLMEDA) advierte que en ocasiones, donde lo apropiado sea un bien fungible, dinero por ejemplo, el bien jurídico protegido no será la propiedad de ese bien fungible sino que será el derecho al cumplimiento de esa obligación, dado que no se ha de devolver el mismo objeto que se ha apropiado, sino su valor. En sentido similar, se identifica en estos supuestos el derecho de crédito, respecto a los bienes fungibles, como bien jurídico protegido (VIVES ANTÓN), algo que podría ser extrapolable a los supuestos donde el objeto apropiado es un

título con valor cambiario (cheque, pagaré, incluso un billete de lotería premiado).

b) Sujeto activo

Nos encontramos ante un delito especial, pues sólo puede ser autor aquél que recibe la cosa mueble, dinero, valor o efecto en depósito, comisión, custodia o cualquier otro título no traslativo de dominio.

c) Sujeto pasivo

Propietario de la cosa. Habitualmente quien entrega la cosa mueble, dinero, valor o efecto en depósito, comisión, custodia o cualquier otro título no traslativo de dominio.

d) Objeto material

Cosas muebles (vid. hurto) con valor económico, así como dinero, efectos (pagaré, cheque, letra de cambio, etc.) o valores (acciones, participaciones, derechos de cobro, ...).

Los bienes inmuebles no son objetos materiales típicos de este delito, y su apropiación se habrá de reconducir al delito de usurpación del artículo 245. CP No obstante, este tipo penal exige, en su primer párrafo, actuar con violencia o intimidación en las personas. La usurpación de un bien inmueble, sin violencia o intimidación", se castiga en el artículo 245.2 CP con pena de multa de tres a seis meses. Si esa pena se compara con la contemplada en el artículo 253 CP se constata la desproporción punitiva de las apropiaciones, según sean bienes muebles o inmuebles, sin que el fundamento de tal descompensación pueda hallarse en el tipo de bien, sino en que en la usurpación se castiga el uso, no la apropiación definitiva, aunque *de facto* pueda llegar a tener los mismos efectos.

e) Iter criminis

En la conducta típica se pueden identificar dos momentos claramente diferenciables.

1º Momento inicial. Posesión lícita: Acción ajena a la intervención del Derecho penal donde se recibe, por un título jurídico válido, la entrega del objeto material que genera la obligación de entregarlo a un tercero o devolverlo en un momento posterior. Esta fase no es delictiva, pero sí constituye el presupuesto necesario para que se cometa el delito en la fase posterior.

2º Momento posterior a la entrega. Posesión ilícita. Cuando aquel que ha recibido el objeto material en virtud de un título no traslativo del dominio, decide actuar como si fuera su dueño, y apropiarse de lo recibido, **la posesión lícita se torna en ilícita**, al producirse la frustración de las obligaciones contraídas por voluntad del tenedor. El sujeto activo se apropiará de la cosa, disponiendo de la misma como si fuera su dueño o negando haberla recibido.

Los títulos idóneos para que este delito se cometa son aquellos que no suponen la concesión de un derecho de propiedad, sino que trasladan únicamente la posesión, y generan la obligación de entregarlos a un tercero o devolverlos. Serían el depósito, la comisión, custodia, prenda, anticipos para adquisición de bienes, leasing, renting, ...

Los títulos traslativos del dominio como la compraventa, la permuta, la dación en pago, no son típicos del delito de apropiación indebida.

La consumación del delito se producirá cuando se produzca el incumplimiento definitivo de la obligación, haciendo propio el objeto material y generando un perjuicio evaluable. La jurisprudencia mayoritaria determina el momento de la consumación cuando a la apropiación le sigue una situación de expropiación de facto, aceptando que la consumación se produce en el instante en que el acusado transforma en ilícita la posesión que hasta el momento detentaba de manera lícita.

La consumación requiere la causación de un perjuicio evaluable, pues nos encontramos ante un delito de resultado. Si el importe fuese superior a 400 € se aplicará el delito del artículo 253.1 CP y si no se superase, se aplicará el delito leve contemplado en el artículo 253.2 CP.

En supuestos de confusión de intereses y deudas recíprocas, es necesario realizar una liquidación o una rendición de cuentas previas para determinar el verdadero saldo acreedor o deudor y a favor de quién. La jurisprudencia penal suele rechazar los procedimientos en donde, en vía penal, se debe hacer una liquidación previa para determinar un saldo deudor. La apropiación indebida sólo aparecerá cuando, tras la definitiva liquidación realizada en sede civil, un actor intenta hacer suyo y no devolver el dinero que se le ha reconocido a la parte contraria. En este sentido, la STS de fecha 20 de octubre de 2002, descarta la comisión delictiva cuando el hecho *"es sin más una cuestión de contabilidad; y dicho de otra manera: no puede llegarse a la apropiación indebida por la simple vía de la liquidación de cuentas, que pertenece al ámbito de la jurisdicción civil"*.

Los actos preparatorios respecto de la apropiación indebida se castigan conforme al artículo 269 CP.

f) Elemento subjetivo

El delito de apropiación indebida se castiga únicamente cuando se comete de manera dolosa. El conocimiento ha de abarcar la recepción de la cosa mueble con una obligación de entregarla o devolverla. La jurisprudencia incluye, junto a este conocimiento, un plus de intencionalidad que radica en el *animus rem sibi habendi*, como expresión del dolo junto con la intención de incorporar el bien al patrimonio propio. Del mismo modo, se exige la concurrencia del ánimo de lucro, el cual, como en el hurto, se presume en las apropiaciones, salvo prueba en contrario.

g) Excusa absolutoria

La excusa absolutoria de parentesco del artículo 268 CP es aplicable a los delitos de apropiación indebida, en los términos ya expuestos (vid. hurto).

III. Tipo agravado

De conformidad con el artículo 253 CP, a la apropiación indebida le serán aplicables las agravantes de la estafa, y en ese caso, le serán aplicables las penas

del artículo 250 CP (Vid estafa). No obstante, existen algunas circunstancias agravantes, como la estafa procesal, que no son aplicables, por su propia idiosincrasia comisiva, a la apropiación indebida.

IV. “Apropiación casual”. Tipo residual

El artículo 254 CP castiga a *quien fuera de los supuestos del artículo anterior, se apropiare de una cosa mueble ajena*. Parece que este tipo penal ha refundido los antiguos artículos 253 CP y 254 CP donde se castigaba, en el primero, la apropiación de la cosa perdida o de dueño desconocido; y en el segundo, la apropiación de dinero o alguna cosa mueble transmitida por error.

La inclusión de este tipo residual genera problemas concursales con el hurto, en supuestos donde la apropiación se realiza sobre un objeto que no tiene propietario conocido, pero que no ha sido entregado por error por su propietario. A efectos de la delimitación de ambos tipos penales, (que resulta necesaria, pues a pesar de ser un tipo penal subsidiario de los demás delitos patrimoniales, no se formula como tal en el Código Penal) el hecho diferencial entre ambos delitos debería radicar en el modo de ejecución del hecho.

Para que sea calificado como hurto, en mi opinión, el bien debería estar en la esfera de acción y posesión del sujeto pasivo, pero cuando el objeto se ha perdido u olvidado en algún lugar, éste ya no se encuentra dentro de la esfera posesoria, por lo que el delito aplicable debería ser el de apropiación indebida, donde el bien jurídico que se lesiona es el deber legal de restituir o consignar el objeto hallado.

Ej. Rosa ve como Rodrigo pone su cartera en la silla de clase, y aprovechando un descuido de éste, la coge y se la queda. (Hurto)

Ej. Manuel entra en clase y se encuentra un casco de moto olvidado. Como le viene bien para su vespa, decide quedárselo. (Apropiación cosa perdida).

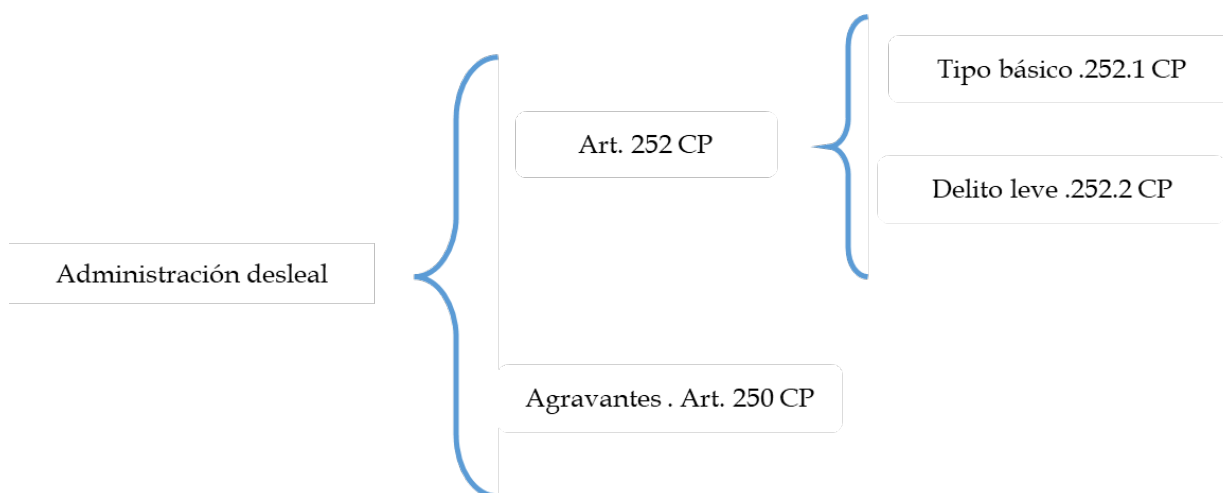
Se castiga el incumplimiento de la obligación legal de restituir o consignar una cosa perdida. Cualquiera tiene esa obligación, por lo que el sujeto activo será común (a diferencia de lo que sucedía en el artículo anterior). Se impone una pena de multa por el menor contenido del injusto, pero si la cosa mueble tuviese valor artístico, histórico, cultural o científico, la pena se eleva de seis meses a dos años.

Si el valor de la cosa fuera inferior a 400 euros se aplicará el tipo atenuado.

V. Supuestos prácticos

- 1) David contrata a un abogado para interponer una acción de reclamación de cantidad. Los honorarios pactados son de 3000 €. David paga la mitad. Al terminar el juicio, condenan al demandado a pagar 1.500 €. El abogado recibe el pago de la parte contraria, y en vez de entregárselo a su cliente, se lo queda como pago de la parte de la minuta que le quedaba por cobrar. David no había sido previamente consultado y no está de acuerdo con la forma de actuar del abogado.
- 2) Pedro, es dependiente de una joyería. Atiende a un cliente que le pide que le enseñe un anillo de 300.000 €. Cuando se lo entrega para que pueda apreciarlo, el cliente sale corriendo con el anillo.
- 3) Manuel trabaja en una empresa, que pone a su disposición un BMW 330. A los dos años Manuel es despedido, y como considera que el despido ha sido injusto, no devuelve el BMW a la empresa.
- 4) Jaime pide a su hermano Luis que le guarde un cuadro de Goya en su caja fuerte, mientras arregla la seguridad de su casa. Al mes, Jaime le dice a su hermano que le entregue el cuadro y Luis, ávido de codicia, niega haberlo recibido, pues no firmó ningún documento.
- 5) Manuel alquila su motocicleta a María por un año. María paga por ello 1.200 €. A los 6 meses, Manuel se enfada con María y, como tiene las llaves de la moto, se la quita.
- 6) Clodulfo se da cuenta que le han ingresado 60.000 € en su cuenta por error. En vez de devolverlo, se apresura a sacar el dinero y a pagar con ello el resto de la hipoteca de su vivienda que aún adeudaba.
- 7) Pedro realiza una excavación en su finca de Mérida para hacer una charca. Durante la excavación encuentra 250 monedas de la época romana de la república y varias esculturas. Al encontrarlas en su terreno, se las queda.
- 8) Margarita le regala a Alfonso, su novio, un rolex como regalo de pedida. Alfonso finalmente decide no casarse y Margarita le pide el rolex, pero Alfonso considera que es un regalo y no lo devuelve.
- 9) Pedro trabaja en PC S.A. Para el desarrollo de su trabajo, la empresa le cede en uso un ordenador portátil de gran capacidad (valorado en 5.000 €). Pedro decide cambiar de empresa, y como sabe que debe devolver el ordenador a su empleador, urde un plan para retenerlo. Antes de comunicar su baja, pone una denuncia por el hurto de su ordenador. Luego lo comunica a su empresa, la cual cuenta con un seguro para esos casos, para que dé parte del siniestro. Pedro deja su empleo, pero consigue seguir disfrutando de su ordenador.

Administración desleal



I. Introducción

La administración desleal es un tipo penal que surge para castigar la “traición” que lleva a cabo aquél al que se le ha encomendado gestionar los bienes de un tercero - ya sea por ley, por mandato de autoridad o por negocio jurídico - e infringiendo la confianza en él depositada y las obligaciones a las que se ha comprometido, causa un perjuicio al administrado. En esta ocasión se lucha contra un “enemigo interno” (como de manera muy gráfica identifica NIETO MARTÍN al autor del delito) que perjudica el patrimonio del administrado al infringir las obligaciones que le atañen. Es el propio garante de protección el que ataca los elementos que debe proteger.

Veremos que el perjuicio es un elemento del tipo, pero su existencia no prejuzga la existencia de un delito, ya que puede suceder que exista daño patrimonial y no delito:

Pensemos en el administrador de una cartera de inversiones que, con la debida información decide invertir en un tipo de valores que ex ante parece muy buena inversión. Se ejecuta la inversión y tres meses después se desploma el valor y los clientes pierden el 40% del valor invertido. Si la decisión fue tomada de forma diligente y ejercitando los poderes que le fueron otorgados, no se habrá cometido ningún delito, a pesar de que el administrado haya tenido un perjuicio económico.

No se ha de olvidar que las decisiones acerca de la gestión del patrimonio conllevan siempre un riesgo intrínseco que puede provocar la merma de aquél, por lo que el foco de valoración no habrá de ponerse en el perjuicio (que se ha de producir para que el delito se consuma), sino en cómo se tomó la decisión por parte del administrador ¿Tenía poderes para hacerlo? ¿Tomó las cautelas adecuadas? ¿Ex ante parecía un buen negocio? ...

II. Elementos típicos

a) Bien jurídico protegido

El interés de protección directo es el patrimonio del administrado⁶¹, lo que incluye tanto bienes muebles como inmuebles, derechos, activos, obligaciones, depósitos, opciones de futuro, etc.

b) Sujeto activo

El delito puede ser cometido por cualquier persona, pero ésta deberá tener encomendada la gestión del patrimonio ajeno, lo que lleva a parte de la doctrina a considerarlo como un delito especial. La encomienda de la gestión puede derivar de la legislación – padres o tutores –, por mandato judicial – nombramiento de curador, administrador concursal, etc. – o por negocio jurídico – administrador de una sociedad, mandato para gestionar una cartera de inversiones, apoderado de un tercero para realizar determinadas gestiones, etc.-

c) Sujeto pasivo

El titular del patrimonio al que se le administran los bienes.

d) Objeto material

Los elementos que constituyen el patrimonio respecto de los que el administrador tiene poder para gestionarlos. Puede depender de los límites que se deriven del tipo de poderamiento.

Ej. Juan es bróker y recibe un mandato para gestionar una cuenta de valores de un cliente. El objeto material se concreta en dicha cuenta de valores y las posibilidades de inversión o desinversión limitadas por el mandato.

Ej. Rosa es administradora única de la empresa R&T S.L. El objeto material se amplía a todos los elementos patrimoniales de la sociedad.

e) Conducta típica

El artículo 252.1 CP describe la conducta típica de aquel que tiene facultades para gestionar un patrimonio ajeno del modo siguiente: *las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio del*

⁶¹ Tal y como se desprende de la Exposición de Motivos de la LO 1/2015: *A través de este delito se intenta proteger el patrimonio en general, el patrimonio de todo aquel, sea una persona individual o una sociedad, que confiere a otro la administración de su patrimonio, o de aquel cuyo patrimonio ha sido puesto bajo la administración de otro, por decisión legal o de la autoridad, sancionándose las extralimitaciones en el ejercicio de las facultades de disposición sobre ese patrimonio ajeno...*

administrado. Para interpretar correctamente esta conducta, se ha de poner en común con las obligaciones de diligencia y lealtad⁶² que se exigen al administrador, y que deben ser analizadas para valorar si la acción u omisión del administrador infringió tales deberes. Parte de la doctrina (SEGRELLES DE ARENAZA, PAVÓN HERRADÓN) lo identifican como un delito de infracción de deber, pues el administrador actúa en contra de los deberes a los que se ha obligado.

De la lectura del artículo 252.1 CP, parece desprenderse que será necesario que el administrador se exceda en el ejercicio de sus funciones. Ello podrá suceder de varios modos:

1º El administrador tiene funciones y poderes, pero los utiliza de un modo desleal. Es el conocido como tipo de abuso, donde el administrador no se arroga una competencia que no tiene, pero utiliza las que tiene infringiendo las obligaciones que le aplican. Utiliza su posición para realizar negocios jurídicos o autorizar operaciones que dañan el patrimonio del titular.

Ej. Un administrador tiene poder para ordenar pagos de hasta 100.000 €. Utilizando ese poder ordena un pago de 80.000 € a una empresa de la que es también administrador y por un servicio que no se ha prestado.

2º El administrador actúa fuera del marco para el que se encuentra autorizado, excediéndose en las funciones que le han encomendado y causando un perjuicio al administrado.

Ej. Manuel es administrador mancomunado de una sociedad. Para acordar contratos de venta necesita la firma del otro administrador. No obstante, decide vender por debajo del precio de mercado un local a un amigo suyo y firma el contrato de venta. La sociedad no se da cuenta de ello hasta que se ha inscrito en el registro y les requieren para que desalojen el local.

La falta de concreción de la conducta típica convierte en una profesión de riesgo la de administrador, pues surge siempre la posibilidad que la causación de un perjuicio pueda ser interpretada como suficiente para considerar delictiva la conducta del administrador. Se ha de huir de esta interpretación, pues como ya se ha dicho, el perjuicio es el resultado típico, pero no la consecuencia directa de la comisión de un delito.

Para evitar llegar a esa conclusión es conveniente acudir a la doctrina estadounidenses del *bussines judgment rule* o apreciación empresarial, que recoge el artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital y establece que: *En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el*

⁶² En el ámbito societario, se acudirá a la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital), que regula los deberes de diligencia en el artículo 226. 1 (Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos) y el deber de lealtad en el artículo 227 (Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad).

administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.

Es decir, que para valorar si una decisión empresarial genera responsabilidad (ya mercantil, ya penal), se ha de analizar no sólo el resultado – que ha de ser perjudicial, pues en caso contrario no habría delito – sino el modo en que esa decisión se tomó, valorando si se hizo con buena fe, si no existe interés personal en el asunto, si tenía las facultades para tomarlas y si contó con la información suficiente y adecuada ex ante para adoptar la decisión de un modo diligente (es decir, si tomó todas las cautelas necesarias). Si concurren estos elementos, a pesar de que el resultado haya sido perjudicial, se deberá encuadrar la decisión dentro del ámbito del riesgo permitido del administrador.

Ej. Manuel es administrador de una inmobiliaria en expansión. Todos los informes económicos y expectativas son favorables para acometer la construcción de 15.000 viviendas en Ciudad Real. Se inicia la construcción, pero una crisis económica sobrevenida paraliza la compra de viviendas y ello lleva a la inmobiliaria a solicitar el concurso voluntario, al no poder hacer frente a las deudas asumidas con los bancos. ¿Existiría delito de administración desleal o no?

Se plantea por la doctrina (BACIGALUPO ZAPATER) la posibilidad de que el delito de administración desleal se cometa por omisión, al identificar al administrador como el garante de protección de los bienes administrados, de tal modo que una omisión de este deber podría conllevar responsabilidad penal.

Ej. Una empresa tiene alquilada un local, pero el arrendador no paga el alquiler. Los socios han solicitado al administrador que inste las acciones legales necesarias para que el arrendador pague o se recobre la posesión del local, pero el administrador no las inicia porque el arrendador es su amigo.

Otra parte de la doctrina, partiendo de la descripción típica del artículo 252 CP y de una interpretación restrictiva del término “infringir excediéndose” rechazan la posibilidad de que el delito pueda provocar responsabilidad en su modalidad omisiva (SEGRELLES DE ARENAZA).

f) Elemento subjetivo

Este delito solo se castiga cuando se comete de forma dolosa, incluyéndose supuestos de dolo eventual, que en muchas ocasiones resulta complejo distinguir de acciones imprudentes.

El dolo ha de abarcar todos los elementos del tipo, por lo que el autor habrá de ser consciente de que actúa infringiendo las obligaciones asumidas y excediéndose en el ejercicio de las mismas, de las que se derivará de manera segura (dolo directo), o de manera muy probable (dolo eventual) un perjuicio para el administrado. Se ha de tener en cuenta que no se exige como elemento subjetivo del tipo el ánimo de lucro en el administrador, por lo que la generación de un perjuicio, infringiendo sus funciones, será delictivo aunque al administrador no le reporte ningún beneficio.

g) Resultado

El perjuicio causado al administrado debe ser superior a 400 € para que se aplique el tipo básico. Si fuese inferior se aplicará el tipo atenuado (252.2 CP) que conlleva una pena de uno a tres meses.

III. Agravantes

A este delito le son de aplicación las circunstancias agravantes del artículo 250 CP que puedan concurrir por su forma de ejecución (importe mayor de 50.000 €, tipo de bienes administrados, etc.). Vid. Agravantes de la estafa.

IV. Excusa absolutoria

La excusa absolutoria de parentesco del artículo 268 C.P es aplicable a los delitos de administración desleal, en los términos ya expuestos (vid. hurto).

V. Supuestos para resolver

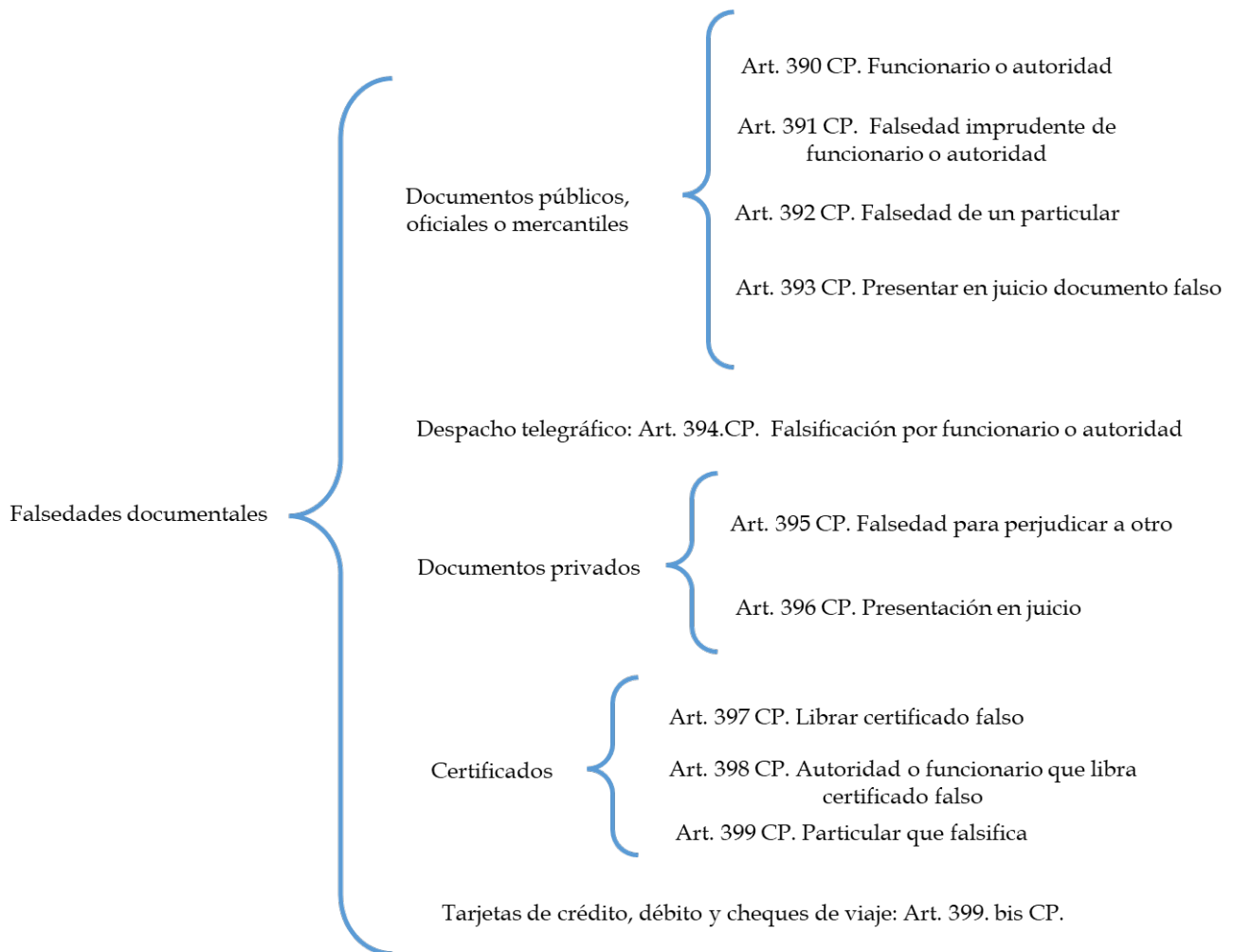
- 1) Pedro es consejero de Construcciones S.A. Al mismo tiempo es socio mayoritario de Ladrillos S.L., empresa proveedora de materiales de construcción, dato que desconocen los demás consejeros y socios de Construcciones S.A. Esta empresa pide varias ofertas a proveedores para contratar suministros, y entre los postulantes se encuentra Ladrillos S.L. Ésta presenta la mejor oferta por precio y calidad, y en el Consejo de Administración se decide otorgarle el contrato de suministros. Pedro vota a favor y en ningún momento advierte que es socio mayoritario de Ladrillos S.L. y que existe un conflicto de interés directo.
- 2) Rosana solicita a un banco una línea de crédito de 30.000 € para tener liquidez para la empresa Caracoles S.L. Rosana es la administradora única. La línea de crédito vence al año y tiene un tipo de interés sobre las disposiciones del 7%. Rosana utiliza la línea de crédito para invertir en infraestructuras necesarias para la producción del caracol. A pesar de ello, y debido a una tormenta, el invernadero que construyó sale volando. Rosana no lo había asegurado, por lo que al llegar el vencimiento de la línea de crédito no puede devolverlo. El Banco insta el concurso necesario.
- 3) Rocío monta con sus dos hermanos El Figón S.L., una empresa de hostelería. Rocío tiene el 51% de las acciones. Rocío es nombrada administradora porque ninguno de los otros dos hermanos quería serlo, a pesar de que tiene 20 años y no tiene formación en contabilidad,

derecho o finanzas, pero sí en hostelería. La empresa tiene dos locales en alquiler, que mensualmente deben abonar 1000 € cada uno a la empresa, pero no lo hacen desde hace tres años. Los hermanos le han dicho a Rocío que resuelva el contrato y les reclame judicialmente el importe debido, pero a Rocío le dan pena porque son sus amigos y no inicia las acciones oportunas. Hartos de esta situación, los hermanos de Rocío le advierten que interpondrán una querrela por su pasividad.

- 4) Perico se hace pasar por un administrador con mucha experiencia y convence a José y María para que le nombren administrador de una empresa patrimonial (Jacinto SA), con el compromiso de ocuparse de todo y sacar más rentabilidad. Perico, desde el primer momento, urdió un plan para despatrimonializar la empresa. Así, comienza a reconocer deudas ficticias frente a otras empresas (que pertenecen a Perico) y a transmitir locales como dación en pago. Cuando José y María se dan cuenta, los cinco locales de la empresa han sido transmitidos como dación en pago. El valor total del perjuicio causado es de 4 millones de euros.
- 5) El consejo de administración de una empresa de servicios decide aprobar un bonus de 5 millones de euros para su consejero delegado y el director general si se llegan a los objetivos de beneficio para el año 2019. El comité de remuneraciones lo estudia y lo aprueba. Esa decisión se somete a la aprobación de la Junta General que también lo aprueba por mayoría (existieron votos en contra). Al cierre del ejercicio se llega a ese objetivo y ambos cobran su bonus. No obstante, en 2020 baja mucho la facturación y el negocio se desploma. Varios accionistas se plantean querrellarse contra el consejero delegado y el Director General por cobrar un bonus tan desproporcionado, pues sus sueldos eran de 200.000 €.
- 6) Rodolfo es el administrador único de Cangrejos Ibéricos S.L. Debido a sus deudas, decide desviar 45.000 € de la tesorería de la empresa a su cuenta particular, con la esperanza de poder devolverlo en un mes. Al año, una auditoría descubre el traspaso indebido.

Falsedades documentales

Falsedades documentales



Falsedades en documentos públicos, oficiales, mercantiles y privados

I. Elementos comunes. Arts. 390 y 392 CP

a) Bien jurídico protegido

Existen distintas formas de interpretar el bien jurídico de las falsedades, pero tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia se inclinan por el criterio “material probatorio” al resaltar que el valor afectado es la seguridad del tráfico jurídico que radica en la confianza que se otorgan a los documentos, tanto en su veracidad como en la autenticidad de su contenido (BORJA JIMÉNEZ). La STS 586/2012, de 6 de junio recuerda que: *Ha destacado esta Sala en numerosas ocasiones (entre otras, STS núm. 584/2009, de 25 de mayo que el bien jurídico protegido en los delitos de falsedad documental está constituido por la protección de la buena fe y de la seguridad del tráfico jurídico (arts. 53 y 57 C. de Comercio y art. 1258 C. Civil*

), evitando que tengan acceso a la vida civil o mercantil **elementos probatorios falsos**, que puedan alterar la realidad jurídica de forma perjudicial para las partes afectadas.

Junto con el valor protegido de la genérica seguridad del tráfico jurídico, parte de la doctrina plantea que lo que se protege – para asegurar precisamente el valor antedicho – son las específicas funciones del documento en el tráfico jurídico que son tres: la función de perpetuación (constar su contenido de manera estable, permanente), la función de garantía (autenticidad) y la función probatoria (en relación con su contenido- veracidad) (SILVA SÁNCHEZ).

La STS 350/2005, de 17 de marzo recuerda que: *Para el Código lo protegido no es tanto la expresión documentada de un dato, hecho o narración, sino la funcionalidad del mismo, esto es, la función probatoria, la de garantía o algún tipo de relevancia jurídica.*

Las conductas delictivas que veremos se han de poner en relación con la capacidad probatoria que tiene el documento, por lo que será esencial si la alteración de este afecta de manera trascendente a su capacidad probatoria o es un elemento intrascendente, y por lo tanto inocuo al valor protegido por la norma.

b) Sujeto activo

Nos encontramos con que si el sujeto activo es un funcionario o autoridad se le aplicarán unos artículos (390 CP) que tienen aparejada una pena más grave que si lo comete un particular, debido al especial deber de garantía que obliga a estas personas en el ejercicio de sus funciones.

Si existe una extralimitación absoluta de sus funciones, la jurisprudencia suele interpretar que se actúa como un particular, aunque se le incluye la agravante del artículo 22.7 CP. Vid. STS 277/2015, de 3 de junio. *Para colmar los elementos del tipo del art. 390 no es suficiente con ostentar la condición de funcionario o autoridad. Es exigible que éste actúe precisamente en el desempeño de sus funciones específicas. El sujeto activo debe vulnerar el deber específico ínsito al cargo o función o correspondiente actividad funcional y, por tanto, dentro de las tareas encomendadas al mismo (STS 2941/2006, de 16 de mayo).*

Se aplican todas las conductas típicas respecto a estos – ya que se castigan las falsedades ideológicas solo si la cometen estos sujetos activos – y se tipifica como delito su actuación imprudente (391 CP).

El particular también puede cometer este delito (392 CP) pero se enfrenta a penas sustancialmente menores, y su actuación ha de ser siempre dolosa pues no se castiga la falsedad imprudente para este tipo de autores.

El artículo 390.2 CP incluye como posible sujeto activo al “responsable de cualquier confesión religiosa” cuando la falsedad se proyecte sobre documentos que afecten al estado civil de las personas (matrimonios).

Se ha de tener en cuenta que, aunque pueda parecerlo, la falsedad no se considera por parte de la jurisprudencia un delito de propia mano, por lo que el autor podrá ser tanto quien realiza materialmente la falsedad como aquel que sabiendo que el documento es falso, lo introduce en el tráfico jurídico (dominio funcional del hecho).

La STS 638/2016 de 14 julio advierte que: *Hay que recordar que el delito de falsedad no es de propia mano, por lo que cabe la condena como autor de la falsificación a quien, como en el presente caso, cobra e ingresa el talón en su cuenta privada, aunque materialmente no sea el autor de la falsificación, siempre que se acredite un efectivo dominio funcional del hecho, lo que ocurre en el presente caso, -- SSTS 1119/2010 ; 7 de Abril de 2003 ; 14 de Marzo de 2004 ó 18 de Febrero de 2005 --.*

c) Sujeto pasivo

Al ser un bien jurídico colectivo, el titular de este no es una persona sino la colectividad. No obstante, la falsedad es un delito que en muchas ocasiones se constituye como una conducta instrumental necesaria para cometer otro delito (bastante habitual en la estafa), por lo que en estas ocasiones sí se puede identificar una víctima del delito subsiguiente que se ha cometido a través de la falsedad.

d) Objeto material

El CP ofrece una definición normativa de lo que ha de entenderse por documento a efectos penales. El artículo 26 CP *considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica*. Los documentos por tanto deben tener una serie de características para poder ser considerados como el objeto material del delito idóneo para soportar una falsedad. Estas son:

- **Material:** La primera característica radica en la función de perdurabilidad/perpetuación del documento, por lo que es necesario que conste en un elemento material, pero este puede adoptar cualquier forma adecuada para que el dato, hecho o narración se puedan conservar de manera permanente. Así, junto al clásico soporte en papel, los avances tecnológicos obligan a conservar soportes materiales idóneos una grabación de voz o de vídeo, un email, un wasap, o cualquier otro soporte material donde pueda constar, de un modo permanente, una narración o un hecho que pueda tener relevancia en el tráfico jurídico. Por ejemplo, un audio de wasap donde se comunica que una persona actuará como mandataria verbal en un determinado contrato.

La STS 626/2002 de 11 abril aclara respecto al papel como soporte material, que: Cualquier otro soporte de idéntica vocación indeleble puede ser susceptible de considerarse documento y, por tanto, ser susceptible de falsificación; así, una grabación en vídeo o cinematográfica o sonora (disco o cinta magnetofónica). Lo que sucederá es que algunos de estos soportes, en ocasiones, pueden ser poco fiables; su susceptibilidad de manipulación, sin que se advierta la misma, puede ser grande. Ahora bien, si en el caso concreto esa posibilidad no se ha podido dar, no existe obstáculo para admitir un documento así materializado. Hoy día, empero, la pretendida fiabilidad del papel ha desaparecido y todos los documentos son igualmente vulnerables, por lo que ese pretendido requisito no puede ser «conditio sine qua non» para dejar de admitir lo que es de uso común en el tráfico jurídico.

- **De autoría humana identificada:** El documento debe contener datos, hechos o narraciones que haya incorporado una persona determinada (o determinable). Este contenido debe tener un autor al que pueda atribuírsele la manifestación y la función de autenticidad como segunda característica del documento, pues como señala BORJA

JIMÉNEZ, las relaciones y situaciones jurídicas requieren que, en última instancia, siempre haya un ser humano que las crea o se vincula a ellas. Ello, según la jurisprudencia - la STS 626/2002 de 11 abril - excluye el documento anónimo como idóneo para ser considerado como tal a efectos jurídico penales.

- **Relevancia jurídica:** La declaración de voluntad, narración de hechos o incorporación de datos debe tener algún tipo de relevancia jurídica en relación con una finalidad concreta. Obviamente debe ser comprensible y - en relación con la característica anterior - poder ser atribuida a un autor. Esta característica se relaciona con la función probatoria del documento, que está diseñada para su entrada en el tráfico jurídico. Si el documento no entra (o no está concebido para entrar: documento encriptado) o, aun entrando, le faltan características esenciales (procedencia humana, autor determinable) o no significa nada (sopa de letras) no estaremos ante un documento en el sentido de objeto de protección jurídico-penal (STS 626/2002).

Por otro lado, hay que distinguir entre los cuatro tipos de documentos que estamos analizando en este epígrafe: públicos, oficiales, mercantiles y privados.

- ✓ **Públicos:** Los documentos públicos son, según la legislación civil, aquellos emitidos por un fedatario público correspondiente con arreglo a las formalidades legales. La importancia de este tipo de documentos es que por sí mismos harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella (art. 319 LECiv).

Según el artículo 317. LECiv:

A efectos de prueba en el proceso, se consideran documentos públicos:

- 1.º Las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios que de las mismas expidan los Letrados de la Administración de Justicia.
- 2.º Los autorizados por notario con arreglo a derecho.
- 3.º Los intervenidos por Corredores de Comercio Colegiados y las certificaciones de las operaciones en que hubiesen intervenido, expedidas por ellos con referencia al Libro Registro que deben llevar conforme a derecho.
- 4.º Las certificaciones que expidan los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de los asientos registrales.
- 5.º Los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones.
- 6.º Los que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de Derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades.

- ✓ **Oficiales:** Estos documentos son el resultado de una actuación de un funcionario público que emite un documento público en nombre de una administración, de acuerdo con las exigencias legales

correspondientes (no existe una referencia legal que los defina). La jurisprudencia considera documento oficial, por poner algún ejemplo el DNI, pasaporte, libro de familia, parte de alta en la seguridad social, certificados de la AEAT, carné de conducir, etc. En este ámbito se planteó la existencia de “documentos oficiales por destino”, es decir, aquellos documentos privados que van dirigidos a la administración pública para que dicte una resolución administrativa (ej. Presento un documento firmado por mis trabajadores de haber recibido formación en prevención de riesgos laborales, solicitando la apertura de un centro de trabajo, cuando el documento es falso). Tras una primera época en que la jurisprudencia los consideraba como “documentos oficiales”, una jurisprudencia posterior no los considera como tales, pero si a raíz de su presentación se ha emitido una resolución administrativa, entonces sí será considerado dicho documento oficial como falseado de manera mediata (STS 1529/2003, de 14 de noviembre).

- ✓ **Mercantil:** El concepto de documento mercantil es muy amplio y abarca todo soporte material propio de la actividad mercantil, no limitándose a los incluidos en el Código de Comercio. Incluye facturas, albaranes, libros contables, pagarés, letras de cambio, etc. La mayor tutela penal de este tipo de documentos se justifica, según la STS 215/2015, por el mayor grado de confianza que estos generan.

- ✓ **Privados:** Cualquier documento que genere relaciones jurídicas entre particulares, o sea apto para ello, y no pueda encuadrarse en las categorías anteriores. Como ejemplo puede ser un contrato no elevado a público, una declaración escrita, apoderamiento escrito como mandatario, testamento ológrafo, etc.

La fotocopia de un documento es un documento distinto al que copia. Como tal puede ser utilizado en el tráfico jurídico y como medio de prueba en el proceso penal (Vid. 334 LEC de aplicación supletoria), aunque la jurisprudencia del TS partió de una línea que negaba su validez si no se presentaba el original (STS 896/2012, de 21 de noviembre: *La doctrina de este Tribunal ha negado virtualidad a efectos documentales a las fotocopias – sentencia de 8 de marzo de 1986- y a la fotocopia no reconocida – sentencia de 28 de octubre de 1986- admitiéndose tan sólo la autenticada de un documento original – sentencia de 1 de febrero de 1989-*) a otra interpretación más actual que les dota de validez siempre que la otra parte no haya impugnado el documento, como expresa la STS 103/2021, de 8 de febrero: *Con relación a las fotocopias debe recordarse la doctrina de esta Sala que admite su valor probatorio "bajo cautelas de prudencia y, en general, desde la corroboración por otros elementos de juicio" – vid. STS 627/2007-. Y ello en la medida "que resulta difícilmente sostenible una exclusión radical como elemento probatorio de esta específica clase de documentos pues las fotocopias de documentos son sin duda documentos, en cuanto escritos que reflejan una idea que plasma en el documento oficial..." – vid.. SSTS 732/2009, de 7 de julio , 500/2015, de 24 de julio. Como todo documento privado, la fotocopia podrá, por*

*tanto, ser valorada conforme a las reglas de la sana crítica, como precisa el artículo 326. 2. párrafo segundo LEC. Por lo tanto, las fotocopias son documentos válidos, pero cuando son de documentos públicos u oficiales y no se encuentra autenticada, tienen la consideración de documentos privados. (Vid. STS 608/2018, 29 de noviembre). STS Pleno, 577/2020, de 4 de noviembre, 2º Por ello una falsedad, en cuanto alteración de la verdad del documento, realizada sobre una fotocopia no autenticada de un documento oficial, público o mercantil, no puede homologarse analógicamente a la falsedad de un documento de la naturaleza que tenga el original, por lo que sólo podrá considerarse como una falsedad en un documento privado (sentencia núm. 939/2009, de 18 de septiembre). Sin embargo, hay que tener en cuenta lo siguiente: 4º En el caso de que la falsedad consista **en simular un documento en todo o en parte**, de manera que induzca a error sobre su autenticidad (artículo 390.1.2º del Código Penal , **lo relevante a efectos de tipificación es la naturaleza del documento que se pretende simular, no la del medio utilizado para ello**. Así cuando se utiliza una fotocopia o reproducción fotográfica para simular la autenticidad de un documento, y disimular la falsedad, la naturaleza a efectos de la tipificación es la del documento que se pretende simular – en este caso documento mercantil u oficial- no la del medio empleado, pues lo que se falsifica no es la fotocopia – mero instrumento- sino el propio documento que se pretende simular (sentencia núm. 1126/2011, de 2 de noviembre)... Igualmente, en los casos en que partiendo de un modelo original, se confecciona otro con propósito y finalidad de hacerlo pasar como si del verdadero documento oficial o mercantil se tratase. No se trata de una fotocopia que se quiere hacer como que responde al original, sino de crear un documento íntegramente falso para hacerlo pasar por uno original.*

e) Conductas típicas

El verbo típico es “cometer falsedad”, pero ésta debe ser llevada a cabo de una de las 4 formas contempladas en el artículo 390 CP. Antes de analizarlas, se ha de partir de una premisa que complementa la interpretación que ha de hacerse sobre la conducta típica y es que la falsedad debe afectar de manera esencial a la función señalada en el documento. Por lo tanto, las falsedades materiales típicas – alterar un dato de un documento – que sean intrascendentes para el bien jurídico protegido no generan responsabilidad penal. Esa inocuidad se ha de analizar de un modo objetivo, pues como ha recordado la jurisprudencia, que una falsedad no alcance su objetivo no la convierte en atípica, si se produjo una alteración idónea del documento para causar el resultado.

Por otro lado, las alteraciones materiales que sean tan burdas y grotescas que cualquiera pueda advertirlas tampoco generarán responsabilidad penal, no porque la falsedad no sea típica – como veremos – sino por su incapacidad objetiva de ingresar en el tráfico jurídico y afectar al bien jurídico.

Las cuatro formas de cometer las falsedades son las siguientes:

- i. **Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.**

Es una falsedad material que consiste en modificar algunos de los elementos relevantes del documento, de tal manera que pueda alterar la

relación jurídica que lo acompaña. Las alteraciones clásicas son imitar una firma, modificar una cantidad, modificar una fecha que tenga relevancia en el cumplimiento del contrato, etc.

- ii. **Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.**

El documento se puede simular creándolo al efecto, o alterando sustancialmente un documento que ya exista, pero que su autenticidad no responda a la finalidad para la que se creó. El resultado es el error sobre la autenticidad del documento o sobre su contenido esencial. Por ejemplo, creando un DNI falso, o alterando una fotografía en un DNI ya creado para alterar su contenido esencial.

- iii. **Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.**

Consiste en alterar la realidad al falsear la intervención de una persona en un acto jurídico concreto o tergiversar las manifestaciones que se realizan. Se trata de una falsedad ideológica pues en definitiva, miente sobre la intervención de una persona. Tiene más relevancia cuando lo realizan los fedatarios públicos, por ejemplo, si un notario al levantar acta de una junta general incorpora la asistencia de socios que no estuvieron o un secretario judicial da fe de una manifestación realizada por un testigo que no realizó.

- iv. **Faltando a la verdad en la narración de los hechos.**

Es el supuesto por antonomasia de falsedad ideológica y consiste, simple y llanamente, en mentir. Por ello, este tipo de falsedad solo es típica si se comete por funcionario o autoridad en ejercicio de su cargo realizado sobre documento público, oficial o mercantil. Como concreta BORJA JIMÉNEZ, *La narración del relato fáctico tiene que diferir en puntos esenciales de lo realmente acontecido, y, además, el documento así mudado tiene que ser susceptible de producir efectos en el tráfico jurídico*. Las falsedades ideológicas de los particulares han quedado destipificadas en virtud del art. 392 CP.

- v. **Traficar con DNI falso (No falsedad).**

El apartado segundo del artículo 392 CP incorpora una conducta típica no falsaria, pero a la que aplica la misma pena al particular que, conociendo la falsedad de un DNI, traficare - comerciar, hacer negocios no lícitos - con este tipo de documentos. El uso de un DNI falso, a sabiendas, se castiga con la pena de 6 meses a un año.

f) Elemento subjetivo

La falsedad cometida por funcionario público o autoridad se castiga en su versión dolosa en el artículo 390 CP y en su modalidad imprudente en el artículo 391 CP. El dolo ha de abarcar el conocimiento de que se altera la realidad de un

hecho – ya sea a través de una falsedad material o ideológica -, sin que se exija una intención trascendente a la propia falsedad.

El artículo 391 CP castiga la comisión de una falsedad del artículo 390 CP por imprudencia grave.

La falsedad cometida por el particular en un documento público, oficial o mercantil se castiga únicamente cuando se realiza de modo doloso. Si la falsedad se realizase en documento privado (art. 395 CP) – soporte con menor fuerza probatoria que los anteriores – solo se castigará cuando al dolo directo le acompañe la intención de perjudicar a otro como elemento trascendente. Por lo tanto, la falsedad en documento privado sin que persiga el perjuicio a un tercero será atípica.

g) *Iter criminis*

Parte de la doctrina considera que el modo que la conducta típica tiene de afectar al bien jurídico protegido requiere la incorporación del documento falsificado al tráfico jurídico, pues sólo así se producirá el resultado de peligro concreto respecto al elemento falseado. Ello conduce a entender que el delito se consuma cuando el documento accede al tráfico jurídico – utilizo el documento, lo entrego para que sea tenido en cuenta, etc. - , por lo que los actos ejecutivos previos podrán ser constitutivos de una tentativa, siempre que se constate que están preordenados para ser incorporados al tráfico jurídico. El delito es considerado de peligro concreto y resultado (BORJA JIMÉNEZ, entre otros)

No obstante, existe jurisprudencia profusa que considera que para la consumación del delito basta la materialización de la misma (falsedad) en condiciones que le doten de idoneidad para inducir a error acerca de alguna de las particularidades relevantes de la actividad documentada. (STS. 724/2005 de 9 junio), la cual considera a la falsedad documental como un delito instantáneo de efectos permanentes (entre otras, SSTS 839/2002 de 6 de mayo ; 166/2018 de 11 de abril).

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 23 de enero de 2019, núm. 10495/2019, reafirma que *El delito de falsedad se perfecciona y consuma cuando se ejecuta la falsificación. En el momento mismo de la alteración, ocultación o mutación de la verdad* (entre otras SSTS 671/2006 de 21 de junio , 968/2007 de 19 de noviembre). En palabras de la STS 834/2015 de 22 de diciembre : *no es preciso que se introduzca el documento en el tráfico jurídico o que sea admitido dentro del mismo para que se considere ejecutado y consumado el delito de falsedad. Pues la jurisprudencia de esta Sala tiene afirmado que no se requiere un perjuicio concreto en el tráfico jurídico para que concurra el tipo penal, sino que es suficiente un perjuicio meramente potencial en la vida del derecho a la que está destinado el documento (SSTS 279/2010 de 22 de marzo (RJ 2010, 2327) ; 888/2010 de 27 de octubre (RJ 2010, 8171) ; y 312/2011 de 29 de abril (RJ 2011, 4272) , entre otras).*

En el mismo sentido, pero centrado en la intención con que se realiza la falsedad, la STS nº. 1243/2002, de 2 de julio establece que: *el delito de falsedad documental se consuma y perfecciona - Sentencias de 5 de febrero de 1980 ; 22 de enero de 1981, y 2 de febrero de 1985; entre otras muchas-, en el momento en que se ejecuta la falsificación con tal de que la intención del falsificador sea hacer uso fraudulento del documento o, lo que es igual, en el momento en que el documento sale del ámbito reservado en que normalmente se realiza la "mutatio varitatis" y se pone de relieve que su finalidad era que el documento entrase en el tráfico jurídico.*

h) Concursos

Los delitos de falsedades suelen ser instrumentales, donde la alteración del documento atiende a un fin ulterior, como la estafa, el fraude fiscal, la apropiación indebida, el fraude de subvenciones, delitos contra la seguridad social, etc. Normalmente, en los delitos que requieren un tipo de fraude o engaño, suelen ir aparejados a algún tipo de falsedad documental.

Cuando la falsedad se realiza en un documento público, oficial o mercantil, de un modo instrumental, se suele aplicar el concurso medial, que permite valorar la afectación a diversos bienes jurídicos – fe pública y patrimonio, por ejemplo – y se adapta al carácter mediato de la conducta.

En los supuestos donde la falsedad se proyecte sobre un documento privado, la exigencia del tipo de que se realice con la intención de perjudicar a otro habilita a la doctrina y a la jurisprudencia para considerar que lo que se produce es un concurso de normas, pues el ánimo de perjudicar reconduce el bien jurídico a la protección del patrimonio, aplicando el principio de consunción o el de alternatividad.

En este sentido, la STS 195/2015 de 16 marzo: *cuando el delito de falsedad documental privado sea el medio para cometer un delito de estafa, al comprender la expresión «en perjuicio de otro», nuestra jurisprudencia declara que se produce un **concurso** de normas, y que se encuentra absorbido por la estafa. Esta solución se avala jurisprudencialmente por la reciente Sentencia número 232/2014, de 25 de marzo (RJ 2014, 2539).*

*También se declara en las SSTS 552/2012 de 2.7 (RJ 2012, 7072), como esta Sala ha declarado (SSTS. 860/2013 de 26.11 (RJ 2013, 8456), 860/2008 de 17.12, 702/2006 de 3.7 (RJ 2007, 17), 760/2003 de 23.5 (RJ 2003, 4241)), en tanto es de aplicación el **concurso** de normas entre los delitos de estafa y falsedad en documento privado, ya que debe tenerse en cuenta que la configuración del delito de falsedad en documento privado, tal y como está tipificado en el art. 395 CP, no solamente es necesaria una alteración mendaz de uno de los elementos del documento, sino que además es necesario que se produzca un perjuicio -o el ánimo de causarlo- en uno tercero, perjuicio que precisamente coincide con el de la estafa, por cuyo motivo es necesario aplicar el **concurso** de normas, tal como se establece en el art. 8 C.P.; lo contrario supondría una duplicidad o superposición tipológica a la hora de contemplar el perjuicio, que lo refiere tanto la falsedad en documento privado (art. 395) como la estafa (art. 248 C.P.). La STS 992/2003, de 3.7 (RJ 2003, 6153), incide en esta postura "el delito de falsedad en documento privado exige en su tipicidad el ánimo de perjudicar a tercero, precisamente uno de los elementos de la estafa, por lo que la conducta debe ser penada conforme a uno de los dos tipos penales en aparente **concurso**".*

II. Otros tipos específicos de falsedades documentales

a. Presentación en juicio de documento falsificado. Art. 393 y 396 CP

El intento de utilizar en un juicio de un documento falsificado se castiga con la pena inferior en grado de la pena aplicable, ya sea un documento público, oficial o mercantil o uno privado. Aquí no se castiga la falsificación, sino el intento de utilizarla y sacarle partido en perjuicio de otro. Es un delito doloso.

Estructuralmente es muy similar a la estafa procesal en grado de tentativa, pues si bien este delito exige un daño patrimonial para consumarse, la mera

presentación de una prueba documental falsificada con esa intención consumaría este delito de falsedad. En estos supuestos se plantearía un concurso de normas.

b. Falsedad de un despacho telegráfico. 394 CP

Se castiga de manera específica a la autoridad o funcionario encargado de los servicios de telecomunicaciones que falsificara un despacho telegráfico utilizando alguna de las conductas del artículo 390 CP, o lo utilizase, sabiendo que es falso, para perjudicar a otro.

Este tipo penal ha quedado en desuso por el avance de las nuevas tecnologías, dejándolo prácticamente vacío de contenido al ser puramente anecdótico la utilización del telégrafo o de un telegrama.

III. Delito de falsificación de certificados. 397 a 399 CP

El artículo 397 CP castiga al “facultativo” que librare certificado falso. Nos encontramos ante un delito especial propio que solo puede ser cometido en concepto de autor por las personas que ejercen una profesión técnica regulada y que tienen la capacidad de certificar *determinados extremos de los que al autor se le exija determinados conocimientos facultativos y técnicos, o bien tenga atribuida la fe pública sobre los extremos manifestados* (Auto núm. 832/2007 de 25 julio. AP Madrid – Sección 17).

Como advierte la STS 963/2016 de 20 de diciembre, el término facultativo y certificado no se encuentran definidas normativamente, por lo que su interpretación no puede ser otra que la común en el entendimiento de la lengua española, cuya autoridad corresponde al DRAE. La primera acepción de certificar es asegurar, afirmar o dar por cierta alguna cosa. *Luego si se trata de un titulado universitario que en un documento hace constar una declaración de conocimiento acerca de una realidad propia de su titulación, estaremos ante un certificado librado por un facultativo, lo que constituye precisamente el soporte del tipo objetivo al que debe añadirse la falsedad de su contenido o narración, es decir, una cosa es que la certificación sea auténtica y otra distinta que el delito exija el contenido inveraz de la misma, como sucede en el presente caso.*

La conducta típica consiste en librar, expedir, un documento que certifica un extremo inveraz solicitado por un tercero, por lo que la falsedad es de tipo ideológica, en donde un facultativo certifica un extremo que sabe que no es cierto.

Ej. El arquitecto, director de obra, que certifica una partida para que se pague, sabiendo que no se ha construido una parte de lo certificado.

Ej. El veterinario certifica que un rebaño de ovejas ha sido vacunado, cuando no es cierto.

En relación con el núcleo del contenido o narración inveraz de hechos en los delitos de falsificación de certificados debe advertirse que el legislador se separa de la técnica descriptiva del resto de los documentos falsificados, no remitiéndose a las conductas previstas en el artículo 390.1 CP, por lo que cualquier alteración de la realidad certificada por el facultativo será típica.

El artículo 398 CP sufrió una profunda reforma en la LO 7/2012 de 27 de diciembre la modificación del CP en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal. En la exposición de motivos se aclaraba que: "*....Se modifica el artículo 398 del CP para excluir del tipo a los certificados relativos a la Seguridad Social y a la Hacienda Pública. No es infrecuente la falsificación de certificados de situación de cotización por las empresas deudoras de la Seguridad Social, que como contratista o subcontratistas, remiten a las empresas principales o contratistas en el marco de la relación jurídica de las contratadas o subcontratadas. **Existiendo un tipo penal propio de falsedad de certificados, surgía la duda de si debían calificarse estas conductas como falsedad en documento oficial cometido por particulares, o como falsedad de certificados cometido por particulares. Se ha estimado conveniente una nueva redacción del art. 398 al que se remite el art. 399 del Código Penal, que restrinja su aplicación a la falsedad de certificados de menor trascendencia y que excluya expresamente todo certificado relativo a la Seguridad Social y a la Hacienda Pública, dada la trascendencia en el tráfico jurídico de certificados falsos en el ámbito tributario y de la Seguridad Social....***".

Este artículo castiga a la autoridad o funcionario público que librare certificación falsa con escasa trascendencia en el tráfico jurídico, con una pena más benigna que la contemplada en el artículo 390 CP. Ello puede llamar la atención, pues un certificado emitido por un funcionario o autoridad es un documento oficial, por lo que el menor desvalor reside en la poca trascendencia que dicho certificado tendría en el tráfico jurídico. Lo complejo es averiguar qué certificados tienen poca relevancia, pues es un elemento del tipo que queda a la libre valoración del Juez y que determina la aplicación o no de este tipo delictivo.

La STS de 22 de marzo de 2010 establece que la falsificación de un certificado de defunción, por su relevancia, se castiga vía artículo 390 CP – falsedad documento oficial.

Existen sentencias que castigan por este tipo delictivo a los particulares que utilizan certificados de ITV falsificados o tarjetas que permiten el aparcamiento en determinadas zonas de las ciudades.

Para evitar interpretaciones expansivas, y dada la importancia que tienen los certificados de la Seguridad Social o la Hacienda pública en el tráfico jurídico (por ejemplo, para contratar con la administración se ha de presentar un certificado de estar al corriente en los pagos a la seguridad Social), el legislador decidió excluirlos expresamente de este tipo atenuado.

La acción del particular respecto de estos certificados⁶³ está contemplada en el artículo 399 CP. Este castiga al particular que falsifique una certificación de menor trascendencia, o la utilice a sabiendas de su falsedad, o trafique con ella. Por lo tanto se castiga tanto el acto de falseamiento – material – de un certificado como su aprovechamiento posterior.

Uno de los casos más habituales en la jurisprudencia es la del particular que utiliza una pegatina de la ITV que acredita que su vehículo la ha superado, cuando no es cierto.

⁶³ Esta disposición es aplicable aun cuando el certificado aparezca como perteneciente a otro Estado de la Unión Europea o a un tercer Estado o haya sido falsificado o adquirido en otro Estado de la Unión Europea o en un tercer Estado si es utilizado en España.

En relación con la falsificación de certificados por el particular, tal y como aclara la STS nº 237/2016 de 29 marzo, se han de distinguir dos etapas:

a) Con anterioridad a la vigencia de la L.O. 7/2012, en la que cualquier clase de falsificación de certificados, incluidos los relativos a la Seguridad Social y a la Hacienda Pública, efectuada por particular, serán castigados con la pena prevista en los artículos concernidos, es decir, multada tres a seis meses.

b) Tras la vigencia de la L.O. 7/2012, la falsificación de certificaciones de la Seguridad Social o Hacienda Pública debe ser sancionada cuando sea cometida por particular como constitutiva de un delito de falsedad en documento oficial, y por tanto con aplicación de los arts. 390.1-2º en relación con el art. 392 CP que prevé penas más graves y proporcionadas a la gravedad y trascendencia de tales falsificaciones. En concreto el art. 392 prevé las penas de seis meses a tres años de prisión y multa de seis a doce meses.

IV. Falsificación de tarjetas de crédito, débito y cheques de viaje. Art. 399 bis CP.

La LO 5/2010 otorgó propia entidad a la falsificación de tarjetas de crédito, débito o cheques de viaje como un tipo específico de falsedad identificada por el objeto. Con anterioridad, este objeto estaba incluido en el concepto de moneda del artículo 287 CP y su alteración se consideraba falsificación de moneda, si bien esta asimilación resultaba, cuanto menos, forzada.

Más si cabe por la importancia en el uso que han adquirido las tarjetas de crédito o débito, que junto a su función de pago, tiene en muchas ocasiones otro tipo de funciones (identidad, etc.). Esta relevancia se identifica en la elevada penalidad – de 4 a 8 años de prisión- con la que el delito está castigado.

Estas penas se agravarán – mitad superior - cuando los efectos falsificados afecten a una generalidad de personas o cuando los hechos se cometan en el marco de una organización criminal dedicada a estas actividades.

La conducta típica consiste en alterar, copiar, reproducir o falsificar de cualquier otro modo, por lo que se concreta en alteraciones materiales, ya creándolas *ex novo*, ya alterando alguno de sus datos. Este tipo de falsedad es siempre instrumental para cometer un daño patrimonial a un tercero al utilizar estas tarjetas contra el capital asociado a la cuenta de la tarjeta.

El apartado 2º del artículo 399 CP castiga la mera tenencia preordenada a la distribución o tráfico, encontrándonos un tipo mutilado en dos actos, donde la finalidad de la tenencia se revela indispensable para la punibilidad de la acción (se castiga con la misma pena que la falsificación).

El apartado 3º del mismo artículo castiga al que, sin haber participado en la falsificación, la usare en perjuicio de otro con conocimiento de su falsedad. No obstante, esta conducta es similar a la estafa del artículo 248. 2. c) CP, que consiste en utilizar la tarjeta de crédito o débito de un tercero, o sus datos, para causar un perjuicio patrimonial. En estos supuestos, la jurisprudencia aprecia un concurso de normas y en atención al principio de alternatividad opta por la aplicación del artículo 399 bis CP.

SAP Sevilla, (Sección 7ª) nº 15/2013 de 1 marzo: *Ahora bien, en todo caso, el castigo por el delito de estafa ha de quedar excluido conforme a la interpretación jurisprudencial de la norma del artículo 399 bis, conforme a la cual se crea entre esta figura falsaria y la defraudatoria del 248.2.c un concurso aparente de normas en relación de alternatividad de manera que, como señala la sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 21-9-2011 (nº 971/2011) , "la aplicación del apartado 3 del art. 399 bis del CP resulte obligada, excluyendo la sanción por el delito de estafa (art. 8.4 CP)". Así, en su fundamento jurídico cuarto dice esta sentencia (criterio reiterado en la sentencia de STS de 26-9-2012, nº 711/2012): - La solución impuesta por la reforma de la LO 5/2010, 22 de junio , con la consiguiente aplicación del art. 399 bis, apartado 3 º, conduce de forma obligada a un concurso entre el delito de falsedad y el delito de estafa. Y es que la misma reforma ha introducido en el art. 248.2.c) del CP una nueva modalidad de estafa, castigando con la pena de prisión de 6 meses a 3 años, a "los que utilizando tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero".*

V. Disposiciones comunes a los artículos anteriores.

El artículo 400 CP incorpora la sanción de los actos preparatorios como si fuese un delito consumado, adelantando de manera genérica la barrera de protección frente a la fabricación, recepción, obtención o tenencia de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, datos y programas informáticos, aparatos, elementos de seguridad, u otros medios específicamente destinados a la comisión de los delitos descritos en los Capítulos anteriores. A pesar de ser una técnica bastante utilizada en el CP, no deja de ser criticable la equiparación punitiva entre un delito consumado y un acto preparatorio, como es la tenencia de útiles para cometer falsedades.

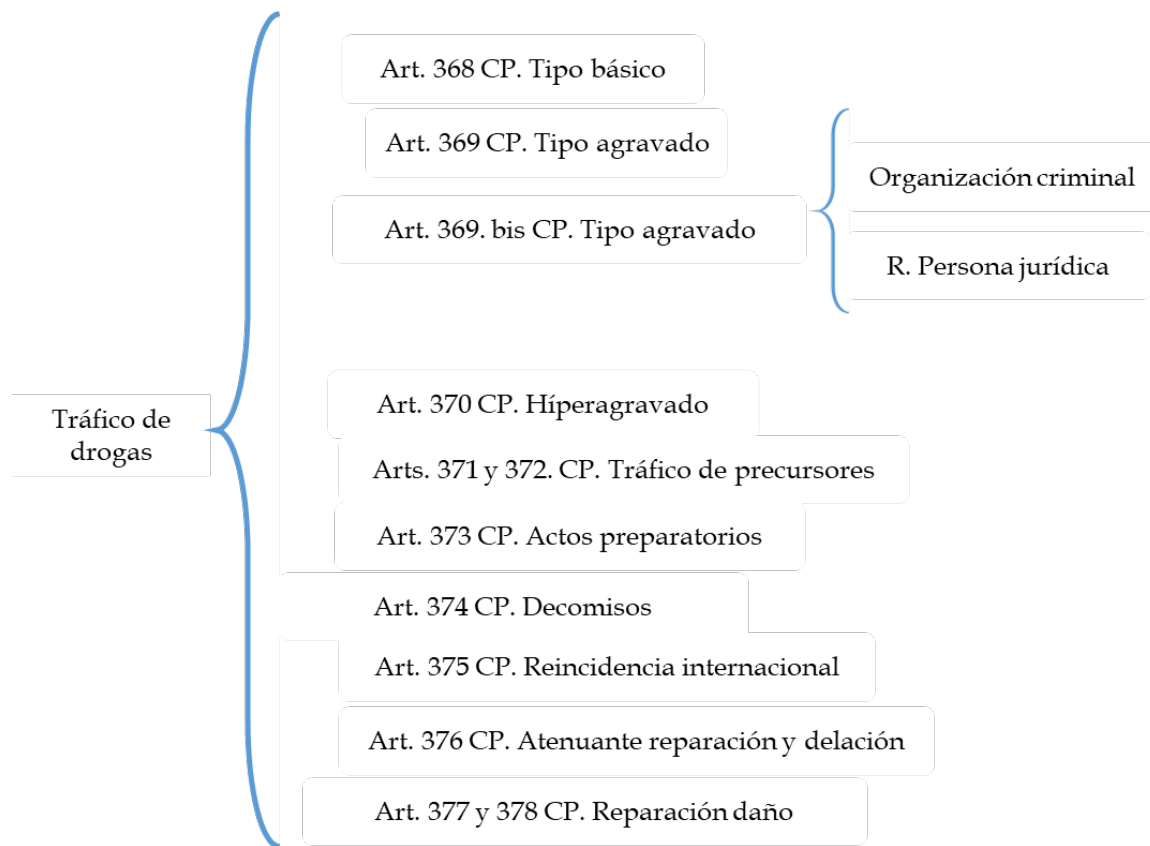
Por otro lado, el artículo 401 CP aclara que en los supuestos descritos en los artículos 392, 393, 394, 396 y 399 CP también se entenderá por uso de documento, despacho, certificación o documento de identidad falsos el uso de los correspondientes documentos, despachos, certificaciones o documentos de identidad **auténticos realizado por quien no esté legitimado para ello**. De este modo, incorpora de facto un quinto tipo de falsedad, que no es ni material ni ideológica, sino que deriva de la falta de autorización del titular para que el tercero utilice el documento.

VI. Supuestos prácticos

- 1) Ernesto, administrador de una sociedad, presenta un certificado falsificado de que la sociedad se encuentra al corriente de pago en la Seguridad Social y ante la Agencia Tributaria, al objeto de conseguir un contrato con la administración local.
- 2) Manuel falsificó un cheque bancario por importe de 45.000 €. Con ese cheque se compró un vehículo. Al presentar el cheque al cobro, el banco rechaza el pago.
- 3) A Pedro le venden por internet un certificado de minusvalía para ponerlo en su vehículo y poder aparcar por Madrid. Pedro no tenía ninguna minusvalía, pero lo utilizaba para poder aparcar con mayor facilidad.
- 4) Ruth, trabaja en sanidad. Durante la pandemia emitió 35 certificados de vacunación del Covid 19 a personas que no querían vacunarse, pero lo necesitaban para viajar. A cada uno les cobró 3.000 €.
- 5) Marta se parece mucho a su amiga Candela. Como a Marta se le dan muy bien las matemáticas, se presenta, utilizando el DNI de Candela, al examen de álgebra que esta tenía que hacer en la carrera de arquitectura. Al entregar el examen, el profesor se da cuenta de que no es Candela quien ha hecho el examen, sino Marta.
- 6) Pedro cambia la fecha del contrato de arrendamiento que tenía firmado con Luis y lo presenta en un juicio de desahucio como medio de prueba para acreditar que el plazo concedido en el contrato ya ha vencido.
- 7) Marina, que es notaria, asiste a una junta general de una sociedad y eleva a público el acta de la junta, donde incluye la asistencia de tres socios (que no asistieron) al objeto de que haya quorum suficiente para poder aprobar una decisión societaria de gran trascendencia.
- 8) Rosa es la veterinaria de un pueblo. Para poder hacer un traslado de dos caballos, certifica que han sido vacunados, aunque en realidad no lo han sido.
- 9) José es el jefe de obra de una construcción pública. José presenta a la dirección facultativa de la obra certificados de partidas que realmente no se han ejecutado. La dirección facultativa las firma y las abona el ayuntamiento. Por cada certificación de obra falsa firmada, la dirección facultativa cobra el 15% de lo que se paga a la constructora.
- 10) Pedro, con la intención de entrar en un concierto donde no hay entradas, falsifica un documento para hacerse pasar por policía. El modelo lo saca de internet y lo imprime en su casa. La falsificación fue tan burda, que el portero se dio cuenta en seguida y llamó a la policía.

Tráfico de drogas

Tráfico de drogas



I. Introducción

El capítulo III, del Libro II, del Título XVII del Código Penal tipifica distintas conductas que afectan a la salud pública como bien jurídico supraindividual. El artículo 43 C.E otorga a la salud pública una relevancia constitucional, al contemplar que *se reconoce el derecho a la protección de la salud. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.*

El modo de afectar a la salud pública que considera delictiva el legislador puede dividirse en cuatro grupo de conductas relativas a: i) Las drogas y estupefacientes; ii) Los medicamentos y productos sanitarios; iii) Los productos alimenticios y bebidas; iv) Las sustancias nocivas para la salud y productos químicos que pueden causar estragos. Es necesario acudir a la normativa extrapenal para concretar los objetos típicos de estos delitos y la conducta típica, pues en la mayoría de los casos esta parte de un incumplimiento normativo como base sobre la que se asienta el plus de gravedad. Este reside en que se ha de producir un peligro, ya abstracto, ya concreto, en el bien jurídico protegido. Por

lo tanto, no nos encontramos ante delitos de resultado, sino de mera actividad y peligro.

El bien jurídico protegido es común a todos los tipos delictivos, el cual se plantea como un valor instrumental que adelanta la protección colectiva a la salud y la vida del individuo, que se protege de un modo mediato al no tener que afectar la conducta de manera individual a la salud de una persona, sino a un concepto supraindividual que se construye como una obligación que el Estado tiene con sus ciudadanos.

Tal y como establecía la STC 62/1983 de 11 de julio (Caso síndrome tóxico): *El bien jurídico protegido en los delitos de riesgo en general contra la salud pública es el bien común en que la misma consiste, que se refleja en definitiva en la salud personal de los ciudadanos, por lo que estamos en un supuesto en el que la defensa del bien común es la forma de defender el interés personal, o, como antes decíamos, en que la defensa de este interés se hace sosteniendo el interés común, aun cuando en el caso de que se trata el interés personal no sea directo.*

Nos encontramos por tanto ante un bien jurídico autónomo, que no depende de la suma de la salud individual de los ciudadanos, pero que su protección sirve de manera mediata para evitar que la salud y la integridad física o psíquica de los ciudadanos se vea afectada negativamente. Parte de la doctrina, no obstante, considera el bien jurídico protegido como la suma de todas las saludes individuales. Para CORTÉS BECHIARELLI, la salud pública como bien jurídico protegido, *conecta necesariamente con la integridad de los sujetos individuales, adelantando el legislador las barreras punitivas en atención a la nocividad del producto y a la existencia de un entorno de permanente creación de riesgo.*

Por su propia naturaleza, el bien jurídico salud publica será indisponible, y por lo tanto intrascendente que el sujeto al que va dirigida la sustancia – drogas, medicamento, producto sanitario, etc. – consienta y quiera adquirirlo, aun siendo consciente de los efectos adversos que le pueden causar a su salud. Y es indiferente porque la persona individual como tal no es la única titular del bien jurídico, pues este pertenece a la colectividad.

Como consecuencia de este bien jurídico identificado, en los delitos que se analizarán en la presente lección no se aplica (como regla general⁶⁴) la continuidad delictiva – varios actos de tráfico de drogas, o venta de medicamento peligrosos sin autorización -, pues tal y como establece la STS de nº 1207/2004 : *Los delitos contenidos en el capítulo III del título XVII del Libro Segundo del Código Penal, , protegen al colectivo social de un mal en potencia, y no tutelan un bien o derecho concreto, sino la posición de que la salud del colectivo se vea menoscabada por cualquiera de las conductas tipificadas en su articulado. En consecuencia, al igual que ocurre con los delitos de narcotráfico, no es posible, en tesis general (y salvo casos muy particularizados), la continuidad delictiva de estos comportamientos, porque la salud pública que tutelan no se identifica con la salud personal de cada uno de sus componentes (pues en caso de tal incidencia, la sanción penal vendrá por otras*

⁶⁴ Algunas Sentencias han aplicado el delito continuado en el tráfico de drogas al tratarse de operaciones complejas. Vid. STS de 12 de julio de 2004.

vías...castigándose los hechos como delito particular de lesiones), y siendo ello así, no se consuma el delito contra la salud pública cada vez que su acción repercute sobre un individuo particularizado, sino cuando golpea sobre la colectividad en su conjunto, de ahí que no toleren, por regla general, la continuidad delictiva, siendo todo el comportamiento punible subsumible en un solo delito contra la salud pública. Todo ello sin perjuicio naturalmente de individualizar penológicamente la sanción prevista en el Código Penal en función de parámetros de gravedad del hecho criminal en sí mismo, acotando por esta vía sus diversas incidencias en el conjunto de la ciudadanía."

En la presente lección nos centraremos únicamente en el delito de tráfico de drogas, por ser el que tiene más incidencia en la práctica forense.

II. Elementos del tipo

La preocupación del legislador por el tráfico de sustancias nocivas para la salud se ha ido viendo incrementada debido al aumento del espectro criminógeno que rodea el tráfico de drogas – ya que resulta un negocio muy lucrativo – así como a la progresiva aparición de nuevas sustancias tóxicas y estupefacientes que provocan grave daño a la salud.

Nos encontramos con un bien jurídico de contornos imprecisos y pluriofensivo. La STS 409/2013 recuerda que, *la finalidad del legislador, más que la de evitar daños a la salud individual de las personas, es impedir la difusión de una práctica social peligrosa para la comunidad por el deterioro que pueda causar en la población.* Es un delito de peligro abstracto, pues no necesita que se ponga en concreto la salud de una persona, ni que se cause un daño, sino que por el mero hecho de realizar la conducta típica respecto de un objeto material que causa potencialmente un daño a la salud, el delito se consuma.

Estamos ante un delito común que puede cometer cualquier persona en concepto de autor. De hecho, al ser tan extensas las conductas típicas, cualquier participación tiende a castigarse como autoría, pues los actos de favorecimiento se incluyen en el verbo típico (vid. art. 368 CP).

Al ser un bien jurídico pluriofensivo, el sujeto pasivo se difumina en “la sociedad” como titular genérico de ese derecho a la salud pública.

a) Objeto material

El objeto material se constituye por las *drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.* La extensión de estos conceptos provoca discusiones doctrinales al respecto. Para la interpretación de estos conceptos se suele acudir a Convenios Internacionales de prevención y represión del tráfico de drogas, firmados por España. La OMS define una droga como *sustancia química capaz de producir un efecto, que altera una o más funciones del organismo. Su acción psíquica la ejerce sobre la conducta, la percepción y la conciencia.* Al incorporarle el adjetivo “tóxica” se puede concluir que será cualquier sustancia química que produzca un efecto adictivo y cause un daño a la salud.

Para identificar a las drogas, así como a las sustancias estupefacientes y psicotrópicas se ha de acudir al Convenio de Nueva York de 1961 y al de Viena de 1971, (modificados y ampliados por protocolos posteriores), así como la trasposición de estos en normas reglamentarias internas. Entre las drogas tóxicas más conocidas se encuentran los opiáceos (heroína,...) alucinógenos (LSD), estimulantes (cocaína, anfetaminas, crack, éxtasis, MDMA). Las sustancias psicotrópicas son aquellas que actúan sobre el sistema nervioso central, ya sea excitándolo o deprimiéndolo (anfetaminas, ansiolíticos, etc.) y los estupefacientes, están relacionados por lo general con el tratamiento y control del dolor (oxicodona, ...).

b) Cantidades mínimas y principio de insignificancia

La necesidad de determinar, con criterios científicos y cuasi objetivos, la dosis mínima a partir de la cual se considera que el objeto material del delito no provoca un daño a la salud, llevó a que el Tribunal Supremo adoptara el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 24 de enero de 2003, donde se solicitaba un informe al Instituto Nacional de Toxicología sobre este particular. El informe fue emitido el 13 de enero de 2004. El planteamiento expuesto se expone en la STS de 15 de abril de 2014 del modo siguiente.

En definitiva ante las dificultades técnicas que las cantidades de mínima significación generan, esta Sala ha entendido que es preciso establecer un criterio racional capaz de garantizar una aplicación objetiva e igualitaria del art. 368 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) y ha elaborado el concepto del objeto de la acción de tráfico a partir de la conclusión de que solo se debería considerar droga tóxica o estupefaciente, en el sentido del art. 368 CP , aquella sustancia que sea apta para producir los efectos que les son propios. Por tal razón ha tomado como referencia los cálculos del principio activo de cada droga respaldados por el Informe del Instituto Nacional de Toxicología, en el Pleno no jurisdiccional de 24 de enero de 2.003, de tal manera que por debajo del mínimo de principio activo la sustancia de la que se trate no será considerada objeto de la acción típica, aplicando los mínimos psicoactivos que resulta de las periciales (SSTS. 4/2004 de 14.1 (RJ 2004, 2133) ; 152/2004 de 11.2 ; 221/2004 de 20.2 (RJ 2004, 1110) ; 259/2004 de 20.2 (RJ 2004, 1073) ; 366/2004 de 22.3 ; 1215/2004 de 28.10 ; 1.7.2005 (RJ 2005, 5332) , doctrina que ha sido ratificada en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 3 de febrero de 2.005 (JUR 2005, 73174) , en el sentido siguiente" continuar manteniendo el criterio del Instituto Nacional de Toxicología relativo a las dosis mínimas psico-activas, hasta tanto se produzca un informe legal o se adopte otro criterio o alternativa").

Dosis mínimas psicoactivas de las sustancias más habituales son: heroína: 0,66 miligramos; cocaína: 50 miligramos; hachís: 10 miligramos; MDMA: 20 miligramos; morfina: 0,002 gramos; y 20 microgramos (0,000002 gramos), para el LSD (SSTS. 1168/2009 de 12.11 (RJ 2010, 120). De ahí que resulte necesario que en la causa obren elementos probatorios para determinar esos datos fácticos sobre el objeto del delito.

El Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 3 de febrero de 2005 resolvió: *Continuar manteniendo el criterio del Instituto Nacional de Toxicología relativo a las dosis mínimas psico-activas, hasta tanto se produzca una reforma legal o se adopte otro criterio o alternativa.*

Con anterioridad a la aplicación de este criterio, cuando se enjuiciaban conductas de tráfico de drogas cuyas cantidades eran mínimas o insignificantes, resultaba habitual encontrar referencias al “principio de insignificancia” o “entrega compasiva”, cuando se entregaba una mínima cantidad a un conocido

para que superase el síndrome de abstinencia. Se solían tratar de donaciones de droga a un sujeto adicto. Diversas sentencias intentaban no castigar estas conductas acudiendo a la aplicación, o de la eximente incompleta del estado de necesidad, o de la atenuante de actuar por estímulos pasionales, la analógica, . . . y en varios casos se solicitaba el indulto para el autor (STS 11-12-2000). El fundamento de estas “absoluciones” residía en la interpretación en la falta de antijuridicidad material, por inexistencia del riesgo para el bien jurídico protegido, por no existir posibilidad de difusión de la droga (cantidad mínima) o por ser tan poca cantidad que no era plausible plantear la afectación a la salud pública.

Frente a esta doctrina, se ha acabado imponiendo otra que establece que la poca significancia no es aplicable en delitos graves de peligro abstracto, donde no se exige – como elemento del tipo – que se cause un daño a la salud de una persona concreta, sino la puesta en peligro de un bien jurídico protegido. La STS de 26 de junio de 2003, siguiendo esta línea, establecía que:

Es cierto que en algunas sentencias, esta Sala ha entendido, tal como advierte la STS nº 1439/2001, de 18 de julio (RJ 2001, 6501) , que cuando se trata de una cantidad tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno a la salud, aun en casos de tráfico efectivo, la conducta carece de antijuridicidad material por falta de un verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo. En tal sentido se han pronunciado las Sentencias de 12 de septiembre de 1994 (RJ 1994, 7204) , (0,04 g y 0,05 g de heroína); 28 de octubre de 1996 (RJ 1996, 8569) , (0,06 g de heroína); 22 de enero de 1997 (RJ 1997, 1271) , (0,02 g de heroína); 11 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 10149) , (0,02 g de «crack»), y STS nº 1370/2001, de 9 de julio (RJ 2001, 7040) (0,02 grs. de heroína).

Pero se trata de supuestos excepcionales. El delito contra la salud pública por tráfico ilegal de drogas es un delito de peligro abstracto. Como tal, sanciona conductas capaces de crear un peligro no permitido para el bien jurídico protegido, adelantando las barreras de protección, sin exigir la concreción de ese peligro ni la producción de un resultado efectivamente lesivo. El legislador ha entendido que el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, supone la creación de un riesgo para la salud pública que trata de evitar mediante la prohibición del consumo de las mismas y considera delictivas las conductas que de alguna forma implican la promoción, la facilitación o el favorecimiento del consumo ilegal, lo que entiende que ocurre concretamente cuando se ejecutan actos de cultivo, elaboración o tráfico, u otros, o incluso actos de posesión con aquellos fines. No se contempla que pueda perjudicar directa e inmediatamente la salud del consumidor, sino que se entiende que, en atención a la tolerancia, a la adicción, y a los demás efectos que producen en el ser humano, a corto, medio y largo plazo, puede afectar negativamente a las condiciones de salud del conjunto de los ciudadanos. [...]

Un acto de esta clase sólo podrá dar lugar a otras consideraciones, referentes a la tipicidad o a la antijuridicidad material, cuando la sustancia transmitida no sea idónea para crear el riesgo prohibido, lo que ocurrirá cuando carezca de virtualidad para producir los efectos propios de la droga de que se trate, que, precisamente, han conducido a la prohibición de su consumo. Ello puede ocurrir debido a que la sustancia efectivamente transmitida no sea una de las prohibidas sino otra diferente, o bien cuando la cantidad del principio activo permita excluir radicalmente la producción de aquellos efectos nocivos. En este sentido, respecto de la heroína, debe recordarse a título meramente indicativo que la dosis terapéutica ha sido establecida en 0,01 gramos (STS nº 1453/2001, de 16 de julio [RJ 2001, 6870]).

Para que aquello pueda ocurrir, es preciso que en el caso concreto, partiendo del hecho acreditado de que la sustancia aprehendida es una de las que causan daño (grave o no) a la salud, se demuestre que lo transmitido es inocuo o que, al menos, se hayan introducido dudas razonables acerca de su naturaleza o de su capacidad lesiva para la salud. Si no fuere así, la venta de esta clase de sustancias es un acto de difusión que genera siempre un peligro para la salud pública, pues no puede olvidarse que los escalones menores del tráfico se nutren de ventas repetidas de pequeñas cantidades, que los consumidores se mantienen en el consumo ilegal mediante actos de adquisición ilícitos a terceros vendedores, y que la iniciación en el consumo, con sus perniciosos efectos a corto, medio y largo plazo, se produce habitualmente a través del consumo inicial de pequeñas cantidades de droga, de modo que los consumidores no habituados se inician precisamente con dosis de escaso efecto, que terminan produciendo adicción

c) Grave daño a la salud

Las penas se impondrán, ante la misma conducta típica, en función del daño a la salud que pueden causar las drogas tóxicas. Los criterios para concretar ese grave daño son: a) la dependencia al consumidor; b) la progresiva exigencia de mayores dosis (nivel de tolerancia); c) la posibilidad de que el abuso conduzca a significativas alteraciones del comportamiento o una grave afección psíquica o neuropsicológica (STS de 23 de octubre de 1991). Las drogas que causan grave daño a la salud han sido identificadas como las anfetaminas, cocaína, heroína, LSD, ...

d) Conducta típica

De manera genérica, se castigan determinadas actividades de "tráfico" - ejecutar actos de cultivo, producción, incluso posesión - relacionada con las drogas tóxicas o estupefacientes, siempre que tengan **por finalidad promover, facilitar o favorecer el consumo**.

Ello nos sitúa ante un delito mutilado en varios actos, de peligro abstracto, dónde en un primer momento se consuma este con la realización de la conducta, pero no se perfecciona si la misma no está preordenada al tráfico. (*A cultiva una planta de marihuana para consumo propio. A ha ejecutado actos de cultivo, pero no cumple esa segunda finalidad que convierte en típica su actividad*).

e) Elemento subjetivo

El delito de tráfico de drogas se castiga únicamente en su forma de comisión dolosa, donde el conocimiento deberá abarcar el tipo de sustancia y su calificación como droga tóxica o estupefaciente. El dolo eventual se considera suficiente para cubrir el espectro de la tipicidad subjetiva.

Ej. Me encargan llevar una maleta a un bar en la que sospecho puede haber droga, pero como me han pagado una gran cantidad de dinero por el transporte decido no comprobarlo.

f) Iter criminis

Al ser un delito de peligro abstracto mutilado en varios actos, ya que el verbo típico se ha de ejecutar con una finalidad concreta, resulta complejo identificar la tentativa, pues si se comete la primera conducta - elaboración, por ejemplo - y esta tiene como finalidad destinarla al tráfico, el delito se habrá consumado aunque no se haya puesto en circulación. A los efectos de averiguar si está preordenada al tráfico se utiliza la prueba de determinados indicios - cantidad, pureza, posesión de balanzas, químicos para sintetizar, bolsitas, etc. - .

El artículo 373 CP castiga la provocación, la proposición y la conspiración para cometer este tipo de delitos.

III. Tipo básico. Art. 368 CP.

En el artículo 368 CP se castigan conductas activas de producción y tráfico – ejecutar actos de cultivo, elaboración o tráfico – así como cualquier otro tipo de conductas que *de otro modo* promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefaciente o sustancias psicotrópicas. Ello conduce a considerar cualquier actividad que contribuya al tráfico de drogas – intermediación, custodia, transporte, ... - como una forma de autoría (PASTOR MUÑOZ).

En último lugar se castiga la posesión de droga *con aquellos fines* – promover o facilitar el tráfico -. Ello nos lleva a la conclusión de que **no se castiga el autoconsumo de drogas**, es decir, no se considera típica la posesión para el consumo propio. La prueba de este elemento tendencial se efectúa a través de elementos indiciarios: la cantidad de droga poseída; la forma de presentación de la droga; la adicción del poseedor; la posesión de útiles para la elaboración o tráfico...

Respecto a la cantidad de droga, se entiende que irá destinada al consumo la que se posea **y no supere la dosis para 5 días**. Las dosis diarias se establecen con referencia a un estudio publicado por el Instituto Nacional de Toxicología. Así, la heroína se establece en 3 gr (STS 18 enero de 1993), cocaína 7,5 a 13 gr (STS 27 dic. 1999), Hachís 50 gr (STS 7 octubre 1992). También se tendrá en cuenta si el poseedor es, o no, adicto o consumidor habitual, así como la diversidad de las drogas.

Téngase en cuenta que cuando las drogas causen un grave daño a la salud – *vid supra*. heroína, LSD, etc.- se castigará de un modo más grave que cuando la sustancia no cause grave daño a la salud – como sucede en los derivados del cannabis-.

a) Supuestos impunes por falta de idoneidad para afectar al bien jurídico salud pública.

Consumo compartido: Supuestos donde una persona adquiere droga para compartirla con otras personas que son adictas. Esto constituye una conducta típica, pero la jurisprudencia lo considera impune (reorientándolo como autoconsumo compartido) si se cumplen los siguientes requisitos. STS 237/2003 o STS 364/2008:

- ✓ Que todos los consumidores sean adictos o consumidores habituales.
- ✓ Que no exista riesgo de consumo indiscriminado por terceras personas.
- ✓ Que no exista contraprestación económica.
- ✓ Que la cantidad no exceda a la necesaria para el consumo por el grupo determinado.
- ✓ Que el consumo se lleve a cabo de modo inmediato y en presencia de quien ha proporcionado la droga.

- ✓ Que se consuma en un lugar cerrado, para evitar que terceros puedan acceder a la sustancia.

Posesión en contexto de convivencia familiar: Supuestos donde una persona posee droga, preordenada al tráfico, en una vivienda compartida con otras personas (normalmente familiares) que no participan en el tráfico de drogas. La jurisprudencia (STS 649/2010, por ejemplo) sostiene que, en situaciones de convivencia con el autor del delito (familiar, cónyuge o personas con una relación análoga de afectividad), no es posible castigar al cónyuge del autor en virtud de la figura de la comisión por omisión del delito, por no considerar que el cónyuge sea el garante de que el autor no cometa el delito. En este ámbito se concluye que el mero conocimiento de que el cónyuge realiza actos típicos no fundamenta la responsabilidad de quien conoce. Y en todo caso, hay que tener en cuenta que el cónyuge está exento de la obligación de denunciar.

Artículo 261 LECr

Tampoco estarán obligados a denunciar:

1.º El cónyuge del delincuente no separado legalmente o de hecho o la persona que conviva con él en análoga relación de afectividad.

2.º Los ascendientes y descendientes del delincuente y sus parientes colaterales hasta el segundo grado inclusive

El supuesto sí se castigaría en casos de coposesión de drogas o algún tipo de contribución dolosa al tráfico de un tercero.

b) Atenuación

El tipo básico contiene un último párrafo que otorga a los tribunales la facultad de imponer la pena inferior en grado *en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable*. En la práctica esta posibilidad es utilizada para determinados comportamientos que merecen un menor reproche penal.

Esta modificación atiende a la petición del Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda de 25 de octubre de 2005, que acordó lo siguiente:

Se aprueba la propuesta redactada por el Magistrado de esta Sala Don José Antonio Martín Pallín, al amparo del artículo 4.3 CP, sobre la conveniencia de modificar la redacción del actual artículo 368 del mismo Texto legal, añadiendo que cuando se trate de cantidades módicas las penas deberían ser de seis meses a dos años, cuando se trate de sustancias que no causen grave daño a la salud, y de dos a cinco años si se trata de sustancias que sí causen grave daño.

Igualmente se aprueba como propuesta alternativa a la anterior, la formulada por el también Magistrado de esta Sala Don Andrés Martínez Arrieta, en el sentido de añadir un segundo párrafo al actual artículo 368 CP con el siguiente texto «no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del culpable».

La escasa entidad se aplica cuando el autor realiza labores secundarias, facilitando el consumo al informar dónde hay puntos de venta, realiza tareas de

simple vigilancia sin estar implicado en el negocio, suministra droga por compasión o realiza un acto puntual o esporádico (STS 872/2013).

No se aplicará si concurre alguna circunstancia del artículo 369 bis y 370 CP.

IV. Modalidades agravadas. Art. 369 CP

Se contempla la imposición de la pena superior en grado en función de determinados criterios, como son la condición del sujeto activo, el lugar de comisión de los hechos, los destinatarios y el objeto material.

a. Sujeto activo:

- Cuando sea autoridad, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador y obrar en el ejercicio de su profesión, oficio o cargo. Es necesario que lleve a cabo el comportamiento en el ejercicio de sus funciones (STS 305/2005).
- Cuando participe en otras actividades delictivas organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito. Esta agravante resulta cuestionable, pues no se exige que la participación en otras actividades delictivas guarde relación con el delito de tráfico de drogas (*A trafica con drogas, y en ocasiones, junto con otros compañeros, estafa a turistas con el truco del trilero*).
- Cuando los hechos se cometan en establecimiento abierto al público por los responsables o empleados del establecimiento.

b. **Sujeto pasivo:** Cuando se facilite drogas a menores de 18 años, disminuidos psíquicos o personas sometidas a tratamiento de desintoxicación o deshabituación.

c. **Lugar de comisión:** Introducir la droga en centros docentes, militares, penitenciarios o de deshabituación o rehabilitación. Según la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2005 proximidades no se ha de interpretar únicamente desde un punto de vista geográfico, sino que también abarcan por todo el espacio frecuentado por escolares, militares, etc.

d. Objeto material. Características de las sustancias:

- Adulterar, manipular o mezclar las sustancias, incrementando el posible daño a la salud.
- Notoria importancia de la cantidad de sustancia. El Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2001 acordó que: 1.- *La agravante específica de cantidad de notoria importancia de drogas tóxicas, estupefacientes*

o sustancias psicotrópicas, prevista en el número 3º del artículo 369 del Código Penal, se determina a partir de las quinientas dosis referidas al consumo diario que aparece actualizado en el informe del Instituto Nacional de Toxicología de 18 de octubre de 2001.; 2.- Para la concreción de la agravante de cantidad de notoria importancia se mantendrá el criterio seguido por esta sala de tener exclusivamente en cuenta la sustancia base o tóxica, esto es reducida a pureza, con la salvedad del hachís y de sus derivados.

A título orientativo se considera una cantidad con notoria importancia:

- ✓ Heroína: 300 gr.
- ✓ Cocaína: 750 gr.
- ✓ Marihuana: 10 kg.
- ✓ Hachís: 2,5 kg.
- ✓ Aceite de hachís: 300 gr.
- ✓ LSD: 300 mg.
- ✓ Éxtasis: 240 gr (unos 200 comprimidos).

e. Peligrosidad integridad física: Cuando el culpable empleare violencia o hiciera uso de armas para cometer el hecho.

V. **Cualificación especial y responsabilidad penal de la persona jurídica. 369.bis CP**

La pena se aumenta de 9 a 12 años (grave daño a la salud) y de 4 años y seis meses a 10 años (daño no grave), cuando los hechos del artículo 368 CP se hayan realizado por quienes pertenecieran a una organización delictiva⁶⁵. A los jefes, encargados o administradores se les impondrá la pena superior en grado.

La persona jurídica tendrá responsabilidad de conformidad con el artículo 369. Bis CP

c) **Cualificaciones especiales. 370 CP**

Se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la pena señalada del artículo 368 CP cuando:

- ✓ Se utilice a menores de 18 años o disminuidos psíquicos para cometer el delito. A este respecto, el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2009 acordó que: *El tipo agravado previsto en el art. 370.1 del CP resulta de aplicación cuando el autor se sirve de un menor de edad o disminuido psíquico de modo abusivo y en provecho propio o de un grupo, prevaleciendo de su situación de ascendencia o de cualquier forma de autoría mediata.*
- ✓ El delito lo cometa el jefe, el administrador o el encargado de la organización delictiva a la que se refiere el artículo 369.2 CP.

⁶⁵ Nótese que el CP no utiliza la referencia habitual a organización o grupo criminal, aunque la referencia a la organización delictiva tenga una naturaleza idéntica.

- ✓ Las conductas del artículo 368 CP fueran de extrema gravedad. Según el propio art.370 CP **se consideran de extrema gravedad:**
 - Cuando la cantidad de la sustancia excede notablemente de la considerada como de notoria importancia;
 - Se utilizan buques o aeronaves como medio de transporte o se simulan operaciones de comercio internacional entre empresas; A los efectos de concretar estos conceptos que anteceden, el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008 acordó: *La aplicación de la agravación del art. 370.3 del C.P. referida a la extrema gravedad de la cuantía de sustancias estupefaciente, procederá en todos aquellos casos en que el objeto de delito esté representado por una cantidad que exceda de la resultante de multiplicar por mil la cuantía aceptada por esta Sala como módulo para la apreciación de la agravación de notoria importancia.*
A los efectos del art. 370.3 del CP, no cabe considerar que toda embarcación integra el concepto de "buque". La agravación está reservada para aquellas embarcaciones con propulsión propia o eólica y, al menos, una cubierta, con cierta capacidad de carga e idónea para realizar travesías de entidad. Por tanto, quedan excluidas de ese concepto, con carácter general, las lanchas motoras, planeadoras para efectuar travesías de cierta entidad.
 - Se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades;
 - Concurran tres o más de las cualificaciones previstas en el art.369 CP.

VI. Tráfico de precursores

El artículo 371 CP castiga las conductas de fabricación, transporte, distribución, comercio o tenencia de las sustancias conocidas como precursores para fabricar drogas tóxicas – ácido lisérgico, efedrina, etc. – a sabiendas de que van a ser utilizadas en el cultivo, la producción o la fabricación ilícita de drogas tóxicas o estupefacientes o sustancias psicotrópicas. El tipo penal se remite expresamente a las sustancias enumeradas en los cuadros I y II de la Convención de Naciones Unidas sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 20 de diciembre de 1988, así como a futuros Convenios de la misma naturaleza ratificados por España.

VII. Atenuante por colaboración o desintoxicación. 376 CP

El artículo 376 CP contempla dos atenuantes específicas de eficacia privilegiada, que facultan a los jueces o tribunales a disminuir la pena en uno o dos grados, razonándolo en sentencia, en dos situaciones:

- I. **Atenuante por delación:** Para que se aplique se exige:
 - a. Abandono voluntario de actividades delictivas.
 - b. Colaboración activa con las autoridades, bien impidiendo el delito, bien aportando pruebas decisivas para la identificación o captura de responsables, bien impidiendo el desarrollo o actuación de organizaciones o asociaciones delictivas a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

- II. **Drogodependencia:** Se aplica cuando se acredita que se haya concluido con éxito un tratamiento de deshabituación.
 - a. Condición de drogodependiente del sujeto activo en el momento de la comisión de los hechos.
 - b. Acreditación de haber finalizado con éxito tratamiento de deshabituación.
 - c. Falta de notoria importancia o de extrema gravedad de la cantidad de droga objeto de tráfico por la que es condenado.

VIII. Supuestos prácticos

- 1) María, adicta, se acerca a un piso y compra 5 papelinas. Con posterioridad va a la plaza donde había quedado con cuatro amigos adictos y comparte la droga.
- 2) Jaime, ante la situación de drogodependencia de su hijo mayor de edad y para evitar que sufra por *deliriums* provocados por el síndrome de abstinencia, compra varias papelinas de heroína y se las suministra cuando le surgen las crisis.
- 3) Pedro y Javier se encuentran fumando marihuana en la calle. En un paquete tienen 5 cigarros liados con picadura de esa sustancia. Una persona que los ve los denuncia a la policía.
- 4) Rosa es docente en un colegio de secundaria. Rosa se pone de acuerdo con dos amigos para facilitarles el acceso al colegio en el recreo para que estos vendan hachís a los adolescentes. Rosa participa de los beneficios.
- 5) Carlos es el jefe de una organización dedicada al transporte internacional de droga. En una operación de descargo de droga, la Guardia Civil interviene un cargamento de 5 toneladas de cocaína. La droga provenía del puerto de Cartagena de Indias.
- 6) Juan, Pedro y Manuel siembran 15 plantas de marihuana en la finca de Pedro, cerca de un río. La idea era dejarlas crecer, cortarlas, secarlas y

consumirlas entre los tres. Al ir a cortarlas son detenidos por la Guardia Civil. La plantas, en seco, tuvieron un peso neto de cannabis de 5 kilos y medio.

- 7) El día 11 de agosto de 2019, alrededor de las 14:15 horas, Rosalinda, mayor de edad y sin antecedentes penales y sin residencia legal en España, llegó al aeropuerto de Barcelona sito en la localidad de El Prat de Llobregat en un vuelo procedente de Lima (Perú) albergando en el interior de su organismo un total de 25 preservativos que en conjunto contenían cocaína con un peso neto total de 474,80 gramos y una riqueza base del 80,10 %, destinada al posterior tráfico.

El hallazgo de la sustancia se produjo porque Rosalinda, tras traspasar la frontera, fue interceptada por la policía de aduanas que sospechó de su actitud, sometiéndose de forma voluntaria, y tras ser informada de sus derechos, a un control radiológico abdominal en las dependencias del propio aeropuerto y confesando los hechos a las autoridades. En el momento de su detención le fue intervenido un teléfono móvil y la cantidad de 250 euros en efectivo. El precio de la citada sustancia distribuida al por menor, y calculada por gramos, en esas fechas habría alcanzado la cantidad aproximada de 44.282,56 euros en el mercado ilícito.

Rosalinda fue captada por una organización dedicada al tráfico internacional de drogas que se aprovechó de su situación de extrema vulnerabilidad. En el momento de producirse los hechos era madre de un bebé de cuatro meses nacido de forma prematura tras siete meses de embarazo, residía en un barracón de zinc en uno de los arrabales de Lima junto a su madre, dos hermanos y otras dos personas, siendo los únicos y escasos ingresos los que aporta la madre. Tal situación de pobreza y necesidad le llevó insertar anuncios solicitando trabajo de forma urgente. A través de estos fue contactada por la organización que le ofreció la cantidad de 4.000 euros a cambio del transporte de la sustancia. Le facilitaron la obtención del pasaporte y el billete de avión. Después de suministrarle medicación para facilitar la ingesta y el mantenimiento de las “bolas” en el interior de su cuerpo, éstas fueron ingeridas en presencia de quienes la habían captado, transportándola al aeropuerto y diciéndole que a la llegada del de destino la estaría esperando una persona, y advirtiéndole expresamente que si no las entregaba matarían a su hijo recién nacido. Rosalinda ha recibido un wasap – que conserva – en donde un miembro de la organización le advierte que o consigue que le devuelvan la cocaína o matará a su hijo.

Delitos contra la seguridad vial

Delitos contra la seguridad vial

Seguridad del tráfico

Art. 379

Art.379.1 Velocidad excesiva

Art. 379.2. Influencia alcohol/drogas

Art. 380. Conducción temeraria

Art. 381. Manifiesto desprecio a la vida

Art. 382. Regla concursal

Art. 382. bis Abandono lugar accidente

Art. 383. Negarse a someterse a pruebas

Art. 384. Conducción sin puntos

Art. 385. Obstáculos en la vía

I. Introducción

En esta lección se van a analizar delitos de peligro, donde lo que se castiga es la realización de una conducta potencialmente peligrosa para el bien jurídico, por lo que no será necesaria la causación de un daño efectivo. El peligro podrá ser abstracto – sin que ninguna persona en concreto haya experimentado el riesgo hacia su persona – o concreto – cuando exista una potencial víctima identificada.

II. Elementos comunes

a) Bien jurídico protegido

Nos encontramos ante un bien jurídico supraindividual y abstracto, pues lo que se protege es la seguridad vial, entendida como el nivel aceptable de riesgo que deben respetar todos aquellos que circulan por las vías públicas. Este bien jurídico es una primera barrera que intenta salvaguardar el objeto último de protección, que no deja de ser la vida o la salud de quienes participan en la circulación vial.

Por lo tanto, nos encontramos con un bien jurídico instrumental que ha de ser respetado para salvaguardar, en último término, la salud y la vida de las personas que son puestas en peligro por el incumplimiento de las normas que regulan el tráfico rodado de vehículos a motor.

b) Sujeto activo

Cualquier persona.

c) Sujeto pasivo

Al ser un bien jurídico pluriofensivo, el sujeto pasivo se difumina en “las personas que participan de algún modo en la circulación vial”.

d) Objeto material

La mayoría de las conductas típicas deben cometerse con *un vehículo a motor o un ciclomotor*. Se identifican como vehículos dotados de propulsión mecánica propia, aptos para las comunicaciones por tierra y por vías públicas, que requieren permiso o licencia para su conducción. Estos conceptos están definidos en el Anexo 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.

Anexo I. Punto 9: Ciclomotor.

Tienen la condición de ciclomotores los vehículos que se definen a continuación:

a) Vehículo de dos ruedas, con una velocidad máxima por construcción no superior a 45 km/h y con un motor de cilindrada inferior o igual a 50 cm³, si es de combustión interna, o bien con una potencia continua nominal máxima inferior o igual a 4 kW si es de motor eléctrico.

b) Vehículo de tres ruedas, con una velocidad máxima por construcción no superior a 45 km/h y con un motor cuya cilindrada sea inferior o igual a 50 cm³ para los motores de encendido por chispa (positiva), o bien cuya potencia máxima neta sea inferior o igual a 4 kW para los demás motores de combustión interna, o bien cuya potencia continua nominal máxima sea inferior o igual a 4 kW para los motores eléctricos.

c) Vehículos de cuatro ruedas, cuya masa en vacío sea inferior o igual a 350 kilogramos no incluida la masa de baterías para los vehículos eléctricos, cuya velocidad máxima por construcción sea inferior o igual a 45 km/h, y cuya cilindrada del motor sea inferior o igual a 50 cm³ para los motores de encendido por chispa (positiva), o cuya potencia máxima neta sea inferior o igual a 4 kW para los demás motores de combustión interna, o cuya potencia continua nominal máxima sea inferior o igual a 4 kW para los motores eléctricos.

Anexo I.12. Vehículo de motor.

Vehículo provisto de motor para su propulsión. Se excluyen de esta definición los ciclomotores, los tranvías y los vehículos para personas de movilidad reducida.

Polémico resulta si los nuevos vehículos de conducción propulsados con motor eléctrico pueden ser considerados como el objeto material del delito, pues la legislación no resulta clara a la hora de definirlos. A tal extremo llega la confusión, que la Sentencia de Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº. 120/2022, de 10 de febrero, que se pronuncia en un caso sobre conducción sin licencia de un vehículo de movilidad personal, tras analizar la legislación actual, concluye lo siguiente: *En consecuencia, deben constar en los hechos probados de la Sentencia aquellos elementos configurativos del vehículo con el que circulaba la acusada, como lo es su potencia (tanto sea de motor de explosión como eléctrico), su velocidad máxima, si cuenta o no con sillín (y sus características), si tiene o no, sistema de autoequilibrado, y cuantas características sean necesarias para su clasificación, lo que llevará a exigir que, para su uso, sea necesario obtener el oportuno permiso o licencia de conducción, y, en suma, a falta de los elementos documentales que consten en autos, sea precisa su categorización mediante el oportuno dictamen pericial que sea necesario para su determinación.*

En este caso, al no constar tales características, debemos desestimar el motivo, sin que sea necesario ya acometer el estudio del segundo, que se enmarca en consideraciones sobre la culpabilidad de la acusada.

De cualquier modo, y como cláusula de cierre de esta resolución judicial, creemos que la nueva realidad social que nos muestra la multitud de aparatos de las características de los VMP, debería llevar a una clasificación administrativa más clara, dada la diversidad de aparatos con capacidad de circulación, o bien la pronta exigencia de una certificación administrativa, que acredite su configuración técnica, necesaria para su circulación, en los términos que, ciertamente, ya se van legislando en esta materia. Lo propio respecto a la necesidad, o no, de precisar de algún tipo de licencia, conocimientos o capacidad de habilidad técnica para circular con estos nuevos vehículos, y los demás aspectos que se consideren de interés, dada la incidencia en la seguridad vial que a todos nos ha de preocupar.

El uso del objeto material – el acto de conducción- debe discurrir por una vía pública. Este elemento no se encuentra expresamente concretado en los tipos penales, pero la jurisprudencia mayoritaria considera que el bien jurídico protegido adquiere contenido cuando se circula por vías públicas, pues es único modo de poner en peligro la seguridad vial. De hecho, el art. 2 de La Ley de Tráfico restringe su aplicación del modo siguiente: *Los preceptos de esta Ley serán aplicables en todo el territorio nacional y obligarán a los titulares y usuarios de las vías y terrenos públicos aptos para la circulación, tanto urbanos como interurbanos, a los de las vías y terrenos que, sin tener tal aptitud sean de uso común y, en defecto de otras normas, a los titulares de las vías y terrenos privados que sean utilizados por una colectividad indeterminada de usuarios.*

Por lo tanto, vías públicas serán:

- Las vías y terrenos públicos aptos para la circulación;
- Las que, sin tener esa aptitud, son de uso común;
- Los terrenos privados utilizados por una colectividad indeterminada de usuarios.

En la STS de 29 de enero de 2014, se casa la sentencia de instancia y se absuelve por el delito de conducción temeraria a quien arranca en el aparcamiento del Puerto Olímpico de Barcelona y directamente se arroja con su coche al mar. *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.*

e) Elemento subjetivo

Este tipo de delitos se castigan únicamente cuando son cometidos de manera dolosa. No obstante, al encontrarnos ante delitos de peligro – abstracto o concreto – lo que el dolo debe abarcar es el conocimiento de que si se conduce de un modo determinado se pondrá en peligro la seguridad del tráfico (dolo de peligro).

Téngase en cuenta que la atenuante por antonomasia que puede venir a la mente en los delitos de conducción bajo la influencia de drogas o bebidas alcohólicas – la eximente incompleta del art. 21.1 en relación con el art. 20.2 – no será de aplicación en respeto del artículo 67 CP⁶⁶ el cual establece que las reglas sobre atenuantes o agravantes no se aplicarán a las circunstancias que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, **ni las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de éstas no podría cometerse.**

No tendría lógica castigar por conducir bajo los efectos del alcohol, y atenuar la pena precisamente porque se conduce bajo los efectos del alcohol.

⁶⁶ Art. 67 CP *Las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de éstas no podría cometerse.*

III. Art. 379 CP. Velocidad excesiva o conducción bajo la influencia del alcohol o las drogas

Este tipo delictivo es uno de los que se cometen de manera más común en nuestra realidad criminógena, pues no exige un resultado, ni siquiera un peligro concreto, sino que se consuma con la realización de la conducta típica. Son delitos de mera actividad y de peligro abstracto.

La conducta típica requiere la conducción de un vehículo a motor o ciclomotor. La conducción se define como el manejo de los mecanismos de dirección e impulsión de un vehículo, incorporándolo de alguna manera al tráfico rodado.

a. Art. 379.1. Conducción a velocidad excesiva

El artículo 379.1 CP castiga al que *condujere un vehículo a motor o ciclomotor a velocidad superior a sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente.*

Se trata de un tipo de peligro abstracto, ya que la conducta se presume peligrosa *per se*, sin necesidad de demostrar la causación de peligro para algún bien jurídico en particular. Se diferencia de la infracción administrativa únicamente en el porcentaje de la velocidad que se supera, ya que el comportamiento es similar (*A conduce y supera la velocidad permitida en 20 km/h en vía urbana – sanción administrativa. A conduce y supera la velocidad permitida en 70 km/h en vía urbana – delito*).

El artículo 379.1 CP castiga a *el que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior a 60 km/h en vía urbana o en 80 km/h en vía interurbana a la permitida reglamentariamente.* Por lo tanto, será delito conducir (como norma general, ya que determinados vehículos o conductores pueden tener otro límite de velocidad distinto) a más de 200Km/h por una autovía o autopista o a más de 110 Km/h por una vía urbana limitada a 50 Km/h. La comisión del delito depende del límite máximo permitido para el conductor en función del tipo de vehículo (camiones, vehículos con remolques de hasta 750 Kl tiene una limitación de 90 Km/h en vía interurbana). Las carreteras convencionales determinarán el límite máximo en función del estado de la misma y su peligrosidad, oscilando entre 50 km/h, 70 Km/h a 90 Km/h. Recordemos que en las vías urbanas se está estableciendo el límite de 30 Km/h, por lo que superarlo en 60 Km/h completaría las exigencias típicas.

El delito se consuma cuando se supera el límite permitido, por lo que es de consumación instantánea, con independencia si se mantiene dicha velocidad poco o mucho tiempo. (aunque si es durante pocos segundos habría que plantearse si realmente ha existido un peligro para el bien jurídico protegido)

b. Art. 379.2 CP Conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes o alcohol

El artículo 379.2 (primera parte) castiga al *que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas*. En esta primera parte del artículo se exige, como elemento del tipo, no sólo la ingesta de las sustancias prohibidas, **sino que éstas influyan** – de manera negativa se entiende – **en la conducción**. Esa influencia se puede acreditar, además de por las pruebas reglamentariamente establecidas al efecto, por la prueba de indicios que suele constar en los atestados – tipo de conducción, pupilas, reacciones del conductor, halitosis típica, pérdida del equilibrio. etc.-. En el caso concreto de la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas esta circunstancia concurrirá cuando se conduzca con una tasa de alcohol de 0,25 (cifra que delimita el ilícito administrativo) a 0,60 mg/litro por aire espirado. En estas ocasiones, la influencia del alcohol depende de las circunstancias personales del sujeto, particularmente de su nivel de tolerancia al alcohol, por lo que se precisa verificar dicha influencia con otros indicios como los expuestos. Por debajo de 0,25 mg/l se considera, por razones de seguridad jurídica, que no existe influencia relevante del alcohol en la capacidad de conducción.

En el supuesto de las restantes sustancias, las pruebas de consumo resultan más complejas, pues para la extracción de sangre o para el análisis de orina, debe estar de acuerdo el conductor (u obtenerse por prescripción médica en caso de accidente con pérdida del sentido, etc.). En la actualidad se aplica el test de drogas a través de la saliva, pero en estos momentos aún existe polémica sobre la fiabilidad de la prueba.

La última parte del artículo 379.2 CP establece una presunción *iure et de iure* respecto a la influencia del alcohol a partir de la ingesta de un porcentaje. Así establece que, ***en todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro espirado o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro.***

La obligación de someterse a la prueba de impregnación etílica fue recurrida al TC por vulneración del derecho a no declararse culpable. En la STC 68/2004 el alto tribunal concluyó que no era inconstitucional ya que esta no era la única prueba que se debía tener en cuenta para determinar la influencia en la conducción, aclarando que: *La prueba de impregnación alcohólica puede dar lugar, tras ser valorada conjuntamente con otras pruebas a la condena del conductor del vehículo, pero ni es la única prueba que puede producir esa condena, ni es una prueba imprescindible para la condena*. Esta resolución fue anterior a la reforma del Código Penal de 2007, por lo que esta interpretación debería variar conforme a la nueva redacción del CP, que establece como suficiente prueba de cargo la prueba del alcohótest, que de hecho se ha convertido en una auténtica sentencia condenatoria en este tipo de procedimientos.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que la prueba del alcohótest tiene un margen de error de un 7%, por lo tanto en situaciones donde se arroje el mínimo permitido, se habrá de absolver en respeto del principio *in dubio pro reo*, siempre

que no existan otras pruebas periféricas que acrediten la influencia del alcohol. La SAP de la Sección 15 de Madrid de 10 de junio de 2013, en un caso similar al expuesto, resolvió que:

Procede estimar el recurso. El recurrente ha sido condenado como autor del delito contra la seguridad vial del art. 379.2 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) . El mencionado precepto, según la redacción introducida por la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre (RCL 2007, 2180) , tipifica, por una parte, la conducta de conducción de un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas, y, por otra, la conducción con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0'60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1'2 gramos por litro. El primero de los tipos mencionados precisa, en primer lugar, la existencia de una ingestión de bebidas alcohólicas, en segundo término, la conducción, por quien ha llevado a cabo la ingesta, de un vehículo de motor, y, finalmente, que, como consecuencia de tal absorción etílica, las facultades del conductor resulten afectadas en la medida necesaria para provocar la puesta en peligro abstracto de la seguridad del tráfico, bien jurídico protegido por la mencionada figura penal. En cuanto al segundo tipo, su ubicación sistemática pone de manifiesto, como en el caso anterior, el bien jurídico protegido, la seguridad vial, y debe tenerse en cuenta que su formulación típica es claramente de las denominadas de riesgo abstracto, es decir, el legislador define una conducta cuya realización necesariamente lleva asociada la afectación, mediante su puesta en peligro, del bien jurídico protegido. A diferencia de los tipos de riesgo concreto, en los que ha de acreditarse la existencia de una situación específica de peligro para el bien jurídico, creada mediante la conducta típica, este delito no precisa tal prueba: basta con acreditar que se condujo el vehículo superando las tasas fijadas en el tipo para que se entienda puesta en riesgo la seguridad vial y proceda estimar el delito.

Teniendo en cuenta lo anterior, procede examinar si se cumplen los presupuestos del segundo de los tipos penales. Las tasas arrojadas en las pruebas practicadas al recurrente con el etilómetro fueron de 0'71 miligramos de alcohol por litro de aire espirado en la primera toma y de 0'64 miligramos en la segunda. Fijándonos en esta última, por ser la que más favorece al acusado, hemos de recordar que la Orden ITC/3707/2006, de 22 de noviembre (RCL 2006, 2174 y RCL 2007, 13) , citada por el recurrente, por la que se regula el control metrológico del Estado de los instrumentos destinados a medir la concentración de alcohol en el aire espirado, en su art. 9, señala que los errores máximos permitidos a estos aparatos en la verificación después de reparación o modificación serán los indicados en el anexo II de esta orden, anexo cuyo apartado 2.3 fija dichos errores máximos en 0.030 mg/L para todas las concentraciones menores o iguales a 0.400 mg/L; 7.5 % del valor verdadero de la concentración para toda concentración mayor de 0.400 mg/L y menor o igual de 1 mg/L; 20 % del valor verdadero de la concentración para toda concentración mayor de 1 mg/L. Puesto que, en el presente caso, el etilómetro, como consta en el certificado incorporado a las actuaciones, había sido reparado el 14 de septiembre de 2011, la mencionada tasa de 0'64 miligramos por litro, en el supuesto de que se le restase el margen de error máximo aplicable según el anexo, que es del 7'5 %, quedaría en 0'59. Por lo tanto, es evidente que no se alcanza la tasa de 0'60, a partir de la cual se da la comisión del delito.

Como se ha expuesto, este delito ha de cometerse de forma dolosa. En el supuesto de que se cause un resultado lesivo, normalmente en éste concurrirá la imprudencia debido a la infracción del deber de cuidado que representa el consumo de alcohol o drogas asociado a la conducción de vehículos a motor.

El delito se consuma de manera instantánea en cuanto se inicia el acto de conducción. La duda que se suele plantear es si podría haber la tentativa.

Ej. La policía ve como una persona se acerca a un vehículo haciendo eses. Entra en el coche y enciende el motor, pero antes de arrancar lo detienen

La STS 48/2020 de 11 de febrero entra a resolver sobre el fondo de esta cuestión en un caso donde un joven se subió a una moto, que previamente había alquilado por la aplicación del móvil, pero no llegó a arrancarla dado su estado de intoxicación etílica. Fue condenado por tentativa del artículo 372.1 CP en primera instancia y la Sala Segunda del TS se plantea si sobre este tipo de delitos cabe la tentativa, **concluyendo que no sería admisible**. La citada sentencia lo argumenta del modo siguiente: *En el relato de hechos probados se hace constar que el acusado a través de la correspondiente aplicación, activó y alquiló desde su terminal una motocicleta de la empresa de alquiler "Muving", "llegando a sacar el vehículo de su establecimiento y ponerse el casco reglamentario, intentando conducirlo y circular con él, en el momento en que fue sorprendido por una dotación de la Policía Local". El relato resulta en cierta medida contradictorio, puesto que en primer término refiere un desplazamiento de la motocicleta, pues el acusado consiguió sacarla "del establecimiento", aunque no se hace constar el modo en que ello tuvo lugar y, posteriormente, habla de intento de conducción y circulación, por lo que podríamos entender que hubo movimiento de la motocicleta, aunque fuera escaso, lo que en principio nos haría preguntarnos, si esa conducta por sí misma ya integraría el tipo penal consumado, aunque el Tribunal, al igual que el Juez de lo Penal, declaran que no hubo conducción, sino "intento de conducción y circulación", extremo que no podemos rectificar porque ello implicaría una clara infracción del principio que prohíbe la reformatio in peius.*

Partiendo de lo anterior, y respetando la ausencia de conducción que la Sala declara acreditada, debemos preguntarnos si los hechos declarados probados integran la tentativa del delito por el que viene condenado el recurrente, y si esa forma imperfecta es viable en los delitos de riesgo abstracto...

[...] Sobre la base anterior, y partiendo de que al Derecho Penal solo le compete la protección de los ataques más graves contra los intereses socialmente más relevantes, que los delitos de peligro abstracto del art. 379 del CP, suponen un nuevo marco penal, como instrumento preventivo que tipifica infracciones formales, que pueden entrar en fricción con principios básicos del Derechos Penal: lesividad, proporcionalidad, intervención mínima..., y que, especialmente el legislador ha convertido en delitos consumados de peligro conductas que pudieran ser punibles como tentativa, debemos concluir afirmando que en este tipo de delito no cabe la tentativa, sin que las teorías sobre la autonomía de los bienes jurídicos supraindividuales pueda llegar al extremo de permitir confeccionar una tentativa de un peligro abstracto cuando, como ocurre en el presente caso, la conducta peligrosa para el valor supraindividual sea inofensiva para el valor individual, nos encontraríamos, ausente la propia posibilidad de imputación objetiva, ante un supuesto de una tentativa irreal.

En consecuencia, en el caso analizado, la conducta descrita en el relato fáctico es atípica, sin que quepa una punición del "riesgo del riesgo", entendemos que, supuestos como el analizado o similares, tales como entrar en un vehículo o subirse a un ciclomotor, sin llegar a accionarlo, sin llevar a cabo alguna conducta relativa al verbo típico "conducir", no puede considerarse como tentativa del delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes, por muy alta que sea la tasa de alcoholemia en el sujeto, ya que lo decisivo sobre esta forma imperfecta es la realización de actos de conducción, no que el sujeto se encuentre bajo los efectos de estas sustancias.

IV. Conducción temeraria. Art. 380 CP

La conducción temeraria exige la aparición de un **peligro concreto** para un tercero, durante la comisión de la conducta típica. El riesgo puede ser tanto para terceros viandantes o circulantes como para acompañantes del conductor. La conducción temeraria sin crear un peligro concreto no es suficiente para integrar este tipo penal. Si esto se produce, y la temeridad deriva de la comisión de una conducta tipificada en el artículo 379 CP, se aplicará este tipo penal, pero si no fuese encuadrable la conducta en dicho tipo y no existe peligro concreto, (ni manifiesto desprecio a la vida de otros), el hecho no recibirá sanción penal. (*A conduce 30 km/h por encima de la velocidad permitida en una vía urbana, por la noche. La calle está desierta y se salta tres semáforos y un stop, pero no había ningún viandante o vehículo*).

La conducta típica se concreta en conducir con **temeridad manifiesta**, que se identifica con una conducción con clara infracción de las normas de circulación grave y ostensible. Según la STS 363/2014 *temeridad supone una notoria y anormal desatención de las normas reguladoras del tráfico, de forma valorable por un ciudadano medio*. La temeridad ha de ser **patente, clara y notoria**. A ello ha de sumársele el peligro concreto para que encaje en la tipicidad del art.380 CP

El apartado segundo vuelve a introducir otra presunción *iure et de iure*, advirtiendo que: *a los efectos del presente precepto se reputará manifiestamente temeraria la conducción en el que concurrieren las circunstancias previstas en el apartado primero y en el inciso segundo del apartado segundo del artículo anterior*. Por lo tanto, se presume que haya conducción temeraria si se conduce a una velocidad superior a la permitida en 60 km/h en vía urbana, y en 80 km/h en interurbana y con una tasa de alcohol superior a 0.6 mg/litro, **siempre que** se haya puesto en peligro concreto a alguna persona (*A conduce a 120 Km/h por la Castellana y con una tasa de alcohol de 0,70 mg/litro, y se salta un semáforo que hace que dos viandantes den un salto para evitar el atropello*). No obstante, si no existe peligro concreto, no se deberá aplicar el artículo 380 CP (*B conduce a 180 km/h por una carretera local que se encuentra desierta, con una tasa de alcohol de 0.70 mg/l*), sino el 379 CP

La conducta ha de ser dolosa, el sujeto debe conocer la peligrosidad de la conducta (dolo de peligro) y la posibilidad de generar un peligro concreto para la vida/salud. Respecto del resultado lesivo debe seguir aplicándose la imprudencia (como regla general), pues en caso de apreciarse el dolo eventual debería aplicarse el siguiente artículo. (Art. 381 CP).

V. Conducción con manifiesto desprecio a la vida de los demás. Art. 381 CP

El artículo 381 CP tipifica la conducción suicida, donde un sujeto conduce de un modo en donde, dolosamente, se pone en peligro la vida de terceros que circulan por la vía. Dicho artículo establece que:

1. *Será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de doce a veinticuatro meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y*

ciclomotores durante un período de seis a diez años el que, con manifiesto desprecio por la vida de los demás, realizare la conducta descrita en el artículo anterior.

2. Cuando no se hubiere puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, las penas serán de prisión de uno a dos años, multa de seis a doce meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por el tiempo previsto en el párrafo anterior.

Apréciase que la conducta típica es similar a la del artículo 380 CP (por expresa referencia del Código Penal), y lo único que varía es ese “temerario desprecio hacia la vida”, que transforma una imprudencia respecto del plausible resultado (en el art. 380 CP), en una conducta con dolo eventual (art. 381 CP). Ello confundirá esta figura con un homicidio con dolo eventual cuando se concrete el peligro en un resultado (*A conduce en sentido contrario por la M40 durante un tramo, hasta que se produce un accidente en el que fallecen dos personas*).

STS 561/2002 ...en el delito al que ahora nos referimos el dolo abarca no solo la infracción de la norma de cuidado, sino también el eventual resultado. Si una persona crea, con su forma temeraria de conducir, un concreto peligro para la vida o la integridad 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, representación y consentimiento que obliga a atribuirle, al menos, el dolo que la doctrina y la jurisprudencia denominan eventual.

No obstante, el párrafo segundo del artículo 381 CP atenúa la pena cuando, a pesar de haberse conducido con temerario desprecio hacia la vida, no se haya logrado poner a nadie en concreto peligro. (*A conduce a contra mano por una carretera secundaria, pero no se cruza con ningún vehículo*). Por lo tanto, este delito podría cometerse con peligro abstracto (menos pena) o con peligro concreto (pena más elevada).

VI. Regla concursal. Art. 382 CP

El artículo 382 CP contempla cómo castigar los supuestos expuestos cuando, amén del peligro creado, éste se concrete en un resultado. Se regula del modo siguiente: *Cuando con los actos sancionados en los artículos 379, 380 y 381 se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces o Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior y condenando, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se hubiera originado.*

De este modo, se regula expresamente la solución concursal en estos supuestos, la cual coincide con la aplicación penológica del concurso ideal de delitos. No obstante, en opinión de OBREGÓN GARCÍA, el legislador no ha convertido el concurso que regula en el art.382 CP en uno de esta clase, sino que sigue constituyendo un concurso de normas, si bien se proporciona una solución penológica diferente -más rigurosa- de la que normalmente se derivaría de la aplicación de la regla 4ª del art.8.

VII. Negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia o consumo de drogas. Art. 383 CP

En este supuesto se castiga al conductor (sujeto activo) que requerido por un agente de la autoridad (presupuesto del delito), se niegue a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de la tasa de alcoholemia o a la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

No es necesario que se hayan consumido estas sustancias, pues lo que se castiga es un acto de desobediencia específico. En ocasiones, este delito podría castigarse en concurso real con un delito contra la seguridad del tráfico, en el supuesto en que existieran indicios para acreditar la influencia de las sustancias sin utilizar los instrumentos mecánicos (forma de conducción, halitosis, balbuceo, pupilas, etc.).

SAP de Soria (Sección 1ª) de 24 de abril de 2012: *De tal manera que en el presente caso, nos encontramos con que la conducta del imputado también es constitutiva del delito previsto en el artículo 383 del Código Penal . En relación con la aplicación de ambas figuras penales, es preciso valorar el contenido de la doctrina de esta Sala, expresada entre otras en Sentencia de 19 de abril del 2011, recurso de Apelación 21/2011 (JUR 2011, 197656) , donde señala que, la jurisprudencia se ha venido planteando la compatibilidad de estas dos figuras penales, las previstas en los artículos 379 y 383 del Código Penal . A nuestro entender, ni estamos ante un mismo hecho, es decir, no hay aquí un supuesto contemplado por dos o más normas penales, ni el bien jurídico protegido lo es respecto del mismo ataque, por lo que de ninguna manera podría hablarse de vulneración del principio non bis in idem. El artículo 379 castiga el comportamiento de quien conduce un vehículo a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, entre otros supuestos, mientras que el artículo 383 castiga a quien, requerido por agentes de la autoridad, para la comprobación de los hechos descritos en el artículo 379 del CP , se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas. Resulta obvio que el comportamiento típico, la acción descrita en uno y otro precepto y por ende el hecho, natural y valorativamente contemplado sobre el que recae, son netamente distintos en uno y otro caso. Pero sobre todo, nos resulta evidente, también, que el comportamiento que se describe en el artículo 383 del Código Penal , no supone peligro de manera inmediata a la seguridad del tráfico. Que una persona, en otras palabras, acepte o no someterse a una prueba de alcoholemia ningún riesgo añade o representa para la circulación rodada, para la seguridad del tráfico. Desde luego, no puede decirse lo mismo cuando el comportamiento consiste en ingerir bebidas alcohólicas y ponerse después tras los mandos de un automóvil. Se trata, en suma, de dos comportamientos distintos, al menos en parte, y sobre todo de forma claramente diversa. Así el comportamiento del delito del artículo 383, es de desobediencia, de naturaleza pluriofensiva, protege la seguridad del tráfico y también el principio de autoridad. Pero es que, sobre todo, el ataque a la seguridad del tráfico se produce de una manera mediata y no inmediata como sucede en el delito previsto en el artículo 379, y ello porque, como hemos dicho, ningún riesgo, ni concreto ni abstracto, se produce para la circulación porque alguien no acepte someterse a una prueba de alcoholemia, que, por definición, habría de realizarse cuando la actividad peligrosa de la conducción, ya ha cesado. Si el legislador ha resuelto penar separadamente ambas conductas, sin conformarse un delito genérico de desobediencia, es, porque ha entendido, con mayor o menor acierto, que ello contribuiría de manera mediata a procurar una mayor seguridad en el tráfico facilitando la investigación de posibles comportamientos consistentes en conducir un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Sin embargo, ni es preciso que quien conduce bajo los efectos de bebidas alcohólicas se niegue a someterse a las referidas pruebas, ni, viceversa, que quien se niegue a la práctica de las pruebas haya conducido bajo los efectos del alcohol. Se trata de supuestos distintos, de comportamientos típicos distintos, que necesariamente conducen al concurso real de delitos y no, al concurso de normas.*

No obstante, existen otras resoluciones que optan por aplicar el concurso de leyes entre ambos delitos, como la SAP de Valencia de 15 de marzo de 2010, tras una interpretación sistemática del bien jurídico protegido: *Ya se ha expuesto los argumentos que tras la reforma*

parecen conducir a que el nuevo art.383 se configura únicamente como un delito contra la seguridad vial y se encuentra desconectado del delito de desobediencia grave a la autoridad.

Sin embargo, puede argumentarse que no son las remisiones expresas de los preceptos los que marcan el bien jurídico protegido de los mismos, y por ello la nueva redacción del art.383 no influye en los bienes que protegen, siendo de significar que el precepto exige que un "agente de la autoridad" requiera al conductor.

Este Tribunal debe de advertir, que la negativa del sospechoso, imputado o acusado a someterse a alguna prueba para determinar su participación en algún delito carece en nuestro ordenamiento jurídico penal de consecuencias punitivas tan graves como las del art.383 . El acusado tiene derecho a no declarar en su contra, a no contestar, etc. Ninguna consecuencia punitiva otorga el Código Penal si no se somete a una pericial caligráfica, o de otro tipo, con independencia de la valoración que en conjunto realice el Tribunal de dicha negativa, pero a los únicos efectos del delito por el que se le juzga, no por un delito autónomo distinto que castigue esa negativa.

El delito de negativa a someterse a la prueba de alcoholemia es constitucional, según apreció el Tribunal Constitucional en la STC 161/1997, de 2 de octubre- que no puede desconocer esta Sala. Sin embargo, a Juicio de este Tribunal, y tras la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2007 cobra especial relieve el voto particular formulado en dicha sentencia, por el Magistrado D. Pablo García Manzano que señalaba en su punto 2 "no existe a mi juicio correspondencia entre la estructura jurídico-penal en la que se ha alojado este nuevo delito y la conducta objeto de reproche: no responde esta al dolo específico de quebrantar o socavar el principio de autoridad, en la abstracción que debe de recoger la norma, sino al de eludir la indagación y comprobación del delito tipificado en el anterior art.379 del mismo Código "...

La voluntad del legislador es clara: tratar dicha negativa con autonomía a las conductas de desobediencia a agente de la autoridad, es decir desvincularlas, lo cual lleva a su plena y absoluta integración en el capítulo dedicado a la seguridad vial.

Quien conduciendo un vehículo obedece al agente que le hace "el alto" pero a continuación se niega a someterse a la prueba no parece que tenga una intencionalidad de desobedecer al agente de la autoridad, sino su finalidad es sencillamente la de evitar ser castigado por conducir tras haber ingerido alcohol y puesto en peligro la seguridad vial.

Como se ha reiterado, el actual art. 383 CP de negativa a las pruebas se castiga con la pena compuesta de prisión y además privación del derecho a conducir, incide en que el bien jurídico protegido en exclusiva es la seguridad vial, y no hay motivo ahora para aplicarle una circunstancia agravante en el caso de que existan antecedentes computables por hechos castigados en el Título XXII, de los delitos contra el orden público, según dispone el art.22.8 CP

Al menos, desde el punto de vista de tipicidad, con la anterior regulación el sometimiento al alcoholímetro no suponía automáticamente la condena, pues si podía probarse que un alta tasa de alcohol no influía en dicho sujeto en la conducción debía absolverse. En dicho sentido existen sentencias que así lo declaraban pues el elemento determinante era encontrarse "bajo la influencia", que necesariamente debía de exteriorizarse en una conducción o estado personal "influido" por el alcohol. La ingesta de alcohol era antes un elemento necesario, pero lo esencial era la "influencia del alcohol". Sin embargo, en la actualidad la ingesta que supere determinadas cantidades, no muy elevadas, supone el elemento necesario y esencial.

Con la actual regulación penal, el alcoholímetro se convierte en una máquina imbatible cuyo ticket con el resultado poco le falta para alzarse como una sentencia condenatoria en la órbita penal.

El delito de negativa a someterse a la prueba de alcoholemia es constitucional según declaró la STC 161/1997, de 2 de octubre - si bien los argumentos discrepantes que ofrecieron los Magistrados del mismo Tribunal Constitucional cobran hoy a la luz de la nueva redacción mayor vigencia, y así el voto particular del Magistrado don Enrique Ruiz Vadillo señala en su punto 9: "Salvo supuestos excepcionales la figura del autoencubrimiento no está tipificada en el código penal, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial. En este caso tratar de ocultar, es decir, evitar la exteriorización de

haberse cometido un delito, se castiga con una pena privativa de libertad".

A mayor abundancia, y siguiendo la línea del citado voto particular, el tratamiento del delito de encubrimiento a otras personas regulado en el art. 451 y ss. contiene un precepto penológico categórico en el art.452 : "En ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto". El hecho de que el legislador se haya apartado de tratamiento similar en el art. 383 , conduce a pensar que el art.383 viene a absorber al delito del art.379 .

Como se ha expuesto, la doctrina ha venido planteando la inconstitucionalidad de este delito, por violación del derecho a no declarar contra uno mismo y del principio de proporcionalidad. Sin embargo, las dudas sobre su constitucionalidad han sido salvadas por el TC (STC. 161/1997, de 2 de octubre; RTC 1997\161). No obstante, la argumentación de dicha sentencia, y de posteriores (STC 68/2004; STC 319/2006), basan su fundamento en que la prueba del test de alcoholemia no es la única para determinar si la persona conduce "bajo la influencia" de bebidas alcohólicas, ya que son valoradas otras como el estado físico, los síntomas del atestado, la testifical de la policía u otros testigos, etc. Dicha argumentación quiebra cuando se comprueba que, tras la reforma de 2007, la única prueba que se necesita para declarar culpable a una persona es el test de alcoholemia, que si arroja un resultado mayor de 0,60 gr/l en aire espirado se presume, *iure et de iure* que ese índice de alcohol ha "influido en la conducción" de un modo negativo.

VIII. Conducción sin puntos del permiso de conducción. Art. 384. CP

El artículo 384 CP traspone, al ámbito penal, algo que en opinión del que suscribe, nunca debió trascender del ámbito administrativo. La conducta típica consiste en conducir un vehículo a motor o ciclomotor en caso de:

1. Pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados;
2. Privación cautelar o definitiva del permiso o licencia por decisión judicial;
3. No haber obtenido nunca el permiso o la licencia de conducción.

Ciertamente los contornos de los delitos de peligro abstracto son amplios, pero considerar que el mismo abarca los supuestos expuestos y que ante los mismos debe activarse la sanción penal hace dudar del respeto a los principios informadores del Derecho penal.

Aplicando un criterio similar, la SAP Toledo de 2 de julio de 2015 absolvió a un joven que, junto a su padre, hacía prácticas de conducir para preparar el examen, que obtuvo dos semanas después de que le parase la policía. Argumenta la sentencia que: En definitiva, existe una infracción del principio de legalidad penal, art. 25 de la Constitución , cuando se crean tipos que exceden el mínimo que resulta indispensable para la sanción de las conductas; a sensu contrario, si existe un medio jurídico menos gravoso para los derechos de los ciudadanos que pueda permitir conseguir el mismo fin no está justificada la calificación de la acción como delictiva y si se hace no se respeta el principio de proporcionalidad que deriva del principio de legalidad, sentencia del Tribunal Constitucional 24/2004 .-"... No podemos pensar que el legislador ha infringido el texto constitucional creando un tipo penal que no respeta el principio de proporcionalidad, o de intervención mínima si se quiere, lo cual supone que esa coexistencia ha de ser razonable y que es preciso realizar una interpretación que adecuándose a la letra de ambas infracciones sea respetuosa con el texto de la Carta Magna, dicho de otro modo, es necesario hacer

una lectura constitucional de la situación que se genera con la existencia de la doble previsión sancionadora.

Pero de nuevo hemos de partir del estricto respeto a la división de poderes y las facultades que ello implica y, desde luego, dar por supuesto que el legislador no ha actuado de modo arbitrario o ilógico al plantear la dualidad de marcos sancionadores. Lo cual, siguiendo la doctrina ya expuesta por el Tribunal Constitucional, en orden a la conservación de las leyes que exige hacer una interpretación acorde con el texto de la carta magna de los delitos, implica que hemos de buscar un punto o elemento diferenciador que permita que el ciudadano, cuando conduce un vehículo de motor o ciclomotor, pueda conocer de antemano cual puede ser la respuesta de los poderes públicos, esto es, pueda saber si lo que realiza podrá ser considerado un delito o una falta administrativa.

*[...] Si partimos de que el derecho penal solo sanciona las conductas más graves forzoso será buscar en los hechos mismos la distinción y así **solo podrá hablarse de delito del art. 384 cuando el riesgo generado por el hecho de conducir sin permiso sea superior al que se produce por el solo hecho de hacerlo**; dicho de otro modo, en general el conducir un vehículo de motor careciendo de permiso o licencia será infracción administrativa y solo cuando se demuestre, por las circunstancias concretas de los hechos, que ese riesgo es superior al que trata de proteger la norma administrativa podrá hablarse de delito. Es obvio que no es posible hacer un elenco o catálogo de supuestos, que siempre tendrán un carácter relativo, pero entendemos que con las bases establecidas será suficiente como para poder diferenciar en qué ocasiones los hechos han de merecer el reproche del derecho penal.-"*

Aplicando la tesis expuesta al supuesto que nos ocupa no podemos sino confirmar la sentencia dictada atendiendo a la declaración de hechos probados que aleja del hecho toda imprudencia o peligro y el hecho queda limitado a la conducción sin carnet siéndole de aplicación las anteriores consideraciones.

No obstante, el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación, interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia expuesta, casándola y condenando al conductor, bajo la interpretación que al ser un delito de peligro abstracto, éste surge en el momento que se conduce sin carnet de conducir, sin que sea necesario que se haya puesto en peligro a terceros. Considera el alto tribunal que: *En consecuencia, de la lectura de dicho precepto no se desprende exigencia alguna de un peligro concreto para la seguridad vial, sino la realización exclusivamente de la conducción de un vehículo de motor sin la correspondiente habilitación administrativa, por no haberla ostentado nunca quien pilota tal vehículo de motor.*

[...]Bajo la consideración de que se trata de un delito abstracto, la conducta se consuma cuando se conduce careciendo de la oportuna habilitación administrativa (permiso o licencia), sin que tenga incidencia el haberse cometido infracción vial alguna, ni haberse realizado maniobra antirreglamentaria, como parece exigir la Audiencia Provincial de Toledo, al punto que consigna tal precisión en el relato histórico que adiciona al que ya había sido confeccionado por el Juzgado de lo Penal, y que le sirve a los jueces «a quibus» de fundamento para la absolución.

Pues, bien, repitamos, el delito consistente en conducir un vehículo de motor sin haber obtenido nunca la licencia administrativa, y no requiere, por su naturaleza misma, la creación de un riesgo concreto para la seguridad vial; se comete por el propio riesgo generado para la circulación vial al carecer el acusado de las comprobaciones oportunas de las características físicas y la aptitud mental, así como los conocimientos teórico-prácticos que le habiliten para llevar a cabo tal conducción. La Audiencia ha construido unos requisitos que en modo alguno el legislador exige para colmar la conducta típica...

IX. Otras alteraciones de la seguridad vial. Art. 385 CP

En el artículo 385 CP el sujeto activo no tiene por qué conducir, sino que se castiga al que causa un riesgo grave a la circulación en los siguientes supuestos:

a) alterar la seguridad vial por cualquier medio (por ejemplo, colocar obstáculos en la vía, derramar sustancias deslizantes o inflamables, sustraer o anular la señalización...).

b) no restablecer la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo, una vez alterada (es un caso de comisión por omisión expresamente tipificado).

X. Abandono del lugar del accidente. Art. 382 bis CP

La Ley Orgánica 2/2019 introdujo en el Código Penal un nuevo delito que, si se analizan las sesiones del Congreso en la tramitación de la ley, revelan que atiende a la “sensibilidad popular” ante supuestos en donde se produce un accidente de circulación y el causante sale huyendo. Es más, si se revisa la Exposición de Motivos podemos constatar que el legislador anuncia que: *Lo que se quiere sancionar en este caso es la maldad intrínseca en el abandono de quien sabe que deja atrás a alguien que pudiera estar lesionado o incluso fallecido, la falta de solidaridad con las víctimas, penalmente relevante por la implicación directa en el accidente previo al abandono, y las legítimas expectativas de los peatones, ciclistas o conductores de cualquier vehículo a motor o ciclomotor, de ser atendidos en caso de accidente de tráfico. Así, nos encontramos ante un tipo de Derecho penal moralizante donde el legislador pretende ejercer como ser supremo que “castiga a los malos y premia a los buenos”, olvidando que aún rige en nuestro sistema un Derecho penal del hecho que castiga acciones u omisiones desvaloradas jurídicamente, con independencia de que el autor sea un ser malo o bueno, que no dejan de ser criterios valorativos subjetivos. Como bien advierte CARBONELL MATEU, para sancionar maldades intrínsecas están las penas del infierno, no las del Estado.*

El tipo penal, que ha sido reformado por la Ley Orgánica 11/2022, castiga al conductor de un vehículo a motor o ciclomotor (sujeto activo), que tras causar un accidente, ya imprudente (mayor pena), ya fortuito (menor pena), abandone el lugar de los hechos siempre que:

1º No concurra riesgo para él o para tercero en caso de quedarse en el lugar del accidente.

2º La persona víctima del accidente no se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, pues si eso sucediese se aplicará de modo preferente el artículo 195⁶⁷ CP (omisión del deber de socorro).

⁶⁷ Art. 195 CP 1. *El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses.*

2. *En las mismas penas incurrirá el que, impedido de prestar socorro, no demande con urgencia auxilio ajeno.*

3. *Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio, la pena será de prisión de seis meses a 18 meses, y si el accidente se debiere a imprudencia, la de prisión de seis meses a cuatro años.*

3ª Se haya causado la muerte de alguna persona o se le hayan causado lesiones recogidas en el artículo 147.1, 149 o 150 CP. Por lo que si se causan lesiones leves del art.147.2 CP no será típica la huida.

Por lo tanto, el comportamiento típico se concreta en huir del lugar donde previamente se ha provocado un accidente, imprudente o fortuito y que como resultado haya causado la muerte de alguna persona (la cual ya no estará en una situación de peligro o desamparo por haber fallecido) o lesiones a las víctimas, las cuales no se encuentren en peligro o desamparadas (por ejemplo, porque ya les están ayudando otras personas o porque la lesión no le impide ponerse a salvo). **No se castiga pues al sujeto activo por no ayudar, sino por huir**, ya que este tipo penal castiga al que pretende su impunidad y huye para no ser identificado tras un siniestro de tráfico.

Este delito se castiga de manera subsidiaria al delito de omisión del deber de socorro del artículo 195 CP, por lo que su aplicación se restringe a supuestos donde se haya causado un accidente y la víctima no se encuentre en “peligro manifiesto y grave”, pues si esto sucediese se aplicará de manera preferente el delito de omisión del deber de socorro en atención al concurso de normas (principio de subsidiariedad del artículo 8.2ª CP)

Nos encontramos ante un delito de mera actividad, que sólo puede ser cometido por el conductor de un vehículo a motor que previamente ha provocado un accidente.

No obstante, se ha de tener en cuenta que el autoencubrimiento es impune en nuestro sistema penal por aplicación de la teoría de la inexigibilidad de otra conducta, por lo que si una persona comete un delito no se le castiga por intentar evitar su responsabilidad penal si se sustrae a la acción de la justicia, siempre que no cometa otros nuevos delitos en su huida o con posterioridad para su autoencubrimiento. La STS de 17 de julio de 2007 (nº 670/2007) lo resume del modo siguiente: *[...]La jurisprudencia de esta Sala, en los casos de huida o elusión de la acción policial de descubrimiento de la participación en hechos punibles (cfr. SSTs 1461/2000, 27 de septiembre y 1161/2002, 17 de junio) viene admitiendo limitadamente el principio del autoencubrimiento impune, como manifestación del más genérico de inexigibilidad de otra conducta, pero constriñéndolo a los casos de mera huida (delitos de desobediencia) con exclusión de las conductas que en la fuga pongan en peligro o lesionen otros bienes jurídicos (cfr. STS 2681/1992, 12 de diciembre).*

Ante ello, cabe preguntarse si este tipo penal entra en conflicto con dicha teoría, ya que obliga a quien ha cometido un hecho imprudente que ha provocado una muerte o una lesión a quedarse en el lugar del siniestro para ser identificado y, en su caso, detenido (no le obliga a ayudar, sino a no huir). Si el causante del accidente infringe esa obligación se le puede imponer una pena de 6 meses a 4 años de prisión. Junto a ello, llama poderosamente la atención que se castigue sólo los accidentes imprudentes o fortuitos y no las acciones dolosas. Quizás sea porque ante un delito doloso, la quiebra del autoencubrimiento impune sería tan patente que implicaría la vulneración del artículo 24.1 CE, pero tan delito es una lesión dolosa como una imprudente, por lo que si este tipo penal no castiga lo

más grave – la huida tras la causación de accidente provocado de manera dolosa - , no debería castigar lo menos grave – la huida en los accidentes cometidos por imprudencia -.

Ej. Juan va conduciendo su vehículo, se salta un stop de manera imprudente y choca con un motorista, al que tira de la moto. El motorista muere en el acto. Juan huye del lugar del accidente. ¿Se aplicaría el artículo 382 bis CP?

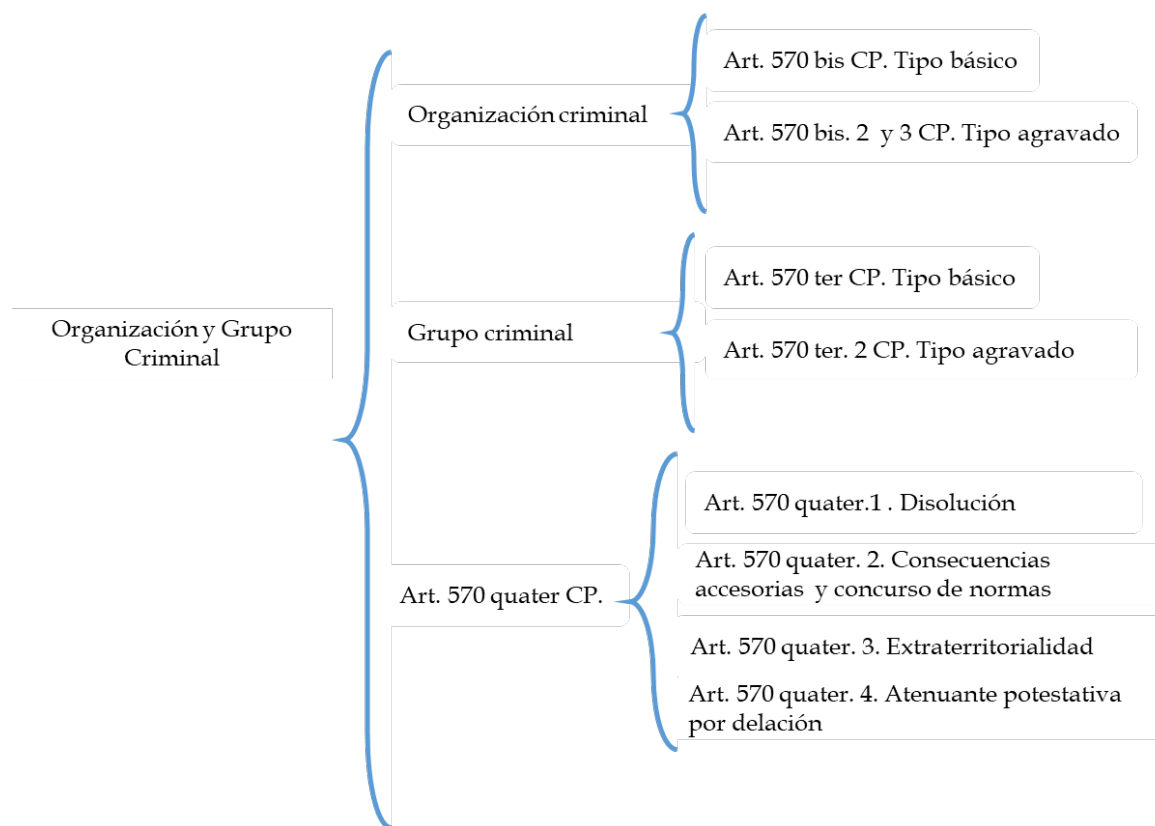
Ej. Juan quiere acabar con la vida de Roberto. Lo va siguiendo con su coche mientras Roberto va en moto. En un momento acelera y lo atropella con violencia. Roberto muere y el huye. ¿Se aplicaría el delito del artículo 382 bis CP?

XI. Supuestos prácticos

1. Jimena conduce su vehículo por la calle Alberto Aguilera a 90 Km/h (la velocidad permitida es 50 Km/h) y una tasa de alcohol en aire espirado de 0,6 mg/l.
2. Pedro conduce su Ferrari F40 por una autovía de Portugal a 230 Km/h.
3. Manuel, se apuesta que podrá conducir en dirección contraria por la M.30 y dar una vuelta completa sin tener un accidente. Antes de concluir la vuelta, tiene un accidente en el que fallecen tres personas.
4. Pedro que va conduciendo con su vehículo por Santa Engracia se “pica” con otro vehículo y aceleran entre cada semáforo para ver quién gana. En uno de esos piques, Pedro no ve una bicicleta y tiene un accidente a una velocidad de 100 Km/h. La impregnación etílica arrojó 0,45 mg/l. El ciclista perdió el brazo derecho a causa del accidente.
5. Rosa coge el vehículo de su padre para hacer prácticas por un camino rural. Rosa no tiene el permiso de conducir.
6. Rosa va conduciendo por una carretera a una velocidad de 120 KM/h cuyo límite es 70 km/h. Al salir de una curva no ve a un ciclista y lo atropella. Rosa para en la vía y se da cuenta que el ciclista está gravemente herido y en peligro grave y manifiesto. Presa del pánico arranca y sale huyendo.
7. Rosa va conduciendo por una carretera a una velocidad de 120 KM/h cuyo límite es 70 km/h. Al salir de una curva no ve a un ciclista y lo atropella. Rosa para en la vía y se da cuenta que el ciclista ha muerto, Presa del pánico arranca y sale huyendo.

Organización y grupos criminales,
Asociación ilícita y
Tenencia, tráfico y depósito de
armas, municiones o explosivos

Organización y grupo criminal



I. Introducción

La reforma del Código Penal operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, incluyó un nuevo capítulo (capítulo VI, título XXII del Libro II) que incorporó en los artículos 570 bis a 570 quater la tipificación de las organizaciones y grupos criminales. Hasta ese momento, el fenómeno de la asociación para delinquir se había castigado vía artículo 515 CP de asociación ilícita. Veremos que con la incorporación de estos tipos penales, la asociación ilícita ha pasado a ocupar la posición de un tipo penal residual.

Precisamente, la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 justifica la incorporación de estos nuevos tipos penales en *“la incapacidad del actual delito de asociación ilícita para responder adecuadamente a los diferentes supuestos de agrupaciones u organizaciones criminales”*. En ella se explica que las organizaciones y grupos criminales no tienen por qué ser asociaciones donde se delinquen, **sino agrupaciones sin forma jurídica que reúnen a varias personas con la finalidad de delinquir.**

Las organizaciones y grupos criminales en general no son realmente «asociaciones» que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva, carentes en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna, o dotadas de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar su impunidad. Advierte también el legislador que la inclusión de las organizaciones terroristas como asociaciones ilícitas había planteado problemas en el ámbito de la cooperación internacional con determinados países debido al requisito de la doble incriminación.

Esta reforma también perseguía la adaptación del CP a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 15 de noviembre de 2000, Palermo (aprobada por Decisión del Consejo de la Unión Europea 2004/579/CE, de 29 de abril) y a la Decisión Marco 2008/841/JAI, 24 de octubre, del Consejo de la Unión Europea sobre la Lucha contra la Delincuencia Organizada.

II. Elementos generales

a) Bien jurídico protegido

El bien jurídico de este tipo de delitos resulta polémico, pues si bien es cierto que la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010 afirma que las organizaciones criminales atentan contra la base misma de la democracia⁶⁸, es un valor demasiado difuso para servir como fundamento dogmático de punibilidad. También hace referencia a la seguridad ciudadana como valor a proteger frente a grupos criminales.

Su ubicación sistemática dentro del **título XXII dedicado a los delitos contra el orden público** nos da una idea de los valores que el legislador pretende defender, lo que lleva a algunos autores a identificarlo como el bien jurídico protegido.

Hemos de tener presente que nos encontramos ante la penalización **de una conducta que se concreta en agruparse con la idea de delinquir**, para facilitar la comisión de determinados delitos o su impunidad, pero no se exige un resultado para castigar la conducta, por lo que estamos ante delitos de peligro. Esta agrupación supone un peligro por la finalidad que persigue, pero no considero que ello afecte al orden público – entendido como la pacífica y ordenada convivencia de los ciudadanos –, ya que la mera actividad de agruparse sin cometer el delito no lo pone en riesgo, pero sí se castiga.

Por ello, otra parte de la doctrina considera que el bien jurídico protegido que se defiende en estos delitos no es autónomo, sino que sería el concreto del delito que pretende cometer la organización criminal (delito fin), por lo que

⁶⁸ “Retórica de defensa de la democracia que no hace sino camuflar la realidad de la operación efectuada”. CUERDA ARNAU, M.L. en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./ (Dir). *Derecho penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch. 6ª ed. 2019. 798

mutará en función del mismo. Se defiende que este tipo de delitos lo que supone es un adelantamiento de la barrera de protección de estos delitos fin, pues facilita el castigo de quien que se agrupa con la intención de cometer delitos concretos, sin que sea necesario el inicio de la ejecución de estos para castigar esta actividad.

La jurisprudencia del TS (Sentencia núm. 372/2018 de 19 julio) plantea que el desvalor autónomo de la propia agrupación para delinquir “*por sí sola, intensifica los efectos asociados a cualquier infracción criminal. Una actuación que, en no pocos casos, estará muy ligada a la profesionalidad que, con uno u otro formato, con mayor o menor estabilidad, puede convertir el delito en una verdadera fuente de recursos, con el consiguiente menoscabo de las reglas de convivencia. La realidad, en cada caso concreto, exigirá la definición de un criterio que, con tributo a los principios que legitiman cualquier sistema punitivo, distinga entre aquellos supuestos de simple concertación ajena a cualquier idea de lesividad y aquellos otros en los que esa acción concertada se hace merecedora de sanción penal*”⁶⁹.

b) Objeto material

La organización o el grupo para delinquir constituye el objeto material del delito. El propio Código Penal regula lo que se ha de considerar como organización y grupo criminal.

Art. 570 bis .1. (último párrafo) CP. *A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable y por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos.*

Art. 570. ter.1 (último párrafo) CP. *A los efectos de este Código se entenderá por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definidas en el artículo anterior, tengan por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos.*

La organización criminal exige la concurrencia de cuatro elementos⁷⁰:

- a) **Pluralidad de miembros:** La organización criminal debe tener al menos tres miembros.
- b) **Vocación de permanencia:** La organización ha de tener un carácter estable para desarrollar sus fines delictivos y la comisión de los delitos.
- c) **Estructura:** La organización debe haber establecido **la distribución de funciones y el reparto de responsabilidades para llevar a cabo los fines delictivos**. La jurisprudencia ha dotado de importancia capital a este elemento, **que sirve para diferenciarlo de una mera coautoría**, adoptando un criterio estricto respecto al requisito estructural de la organización.

Para la apreciación de la organización criminal **no basta cualquier estructura distributiva de funciones entre sus miembros**, que podría encontrarse naturalmente en cualquier unión o agrupación de varias personas para la comisión de delitos, **sino que es preciso apreciar un reparto de responsabilidades y tareas entre sus miembros con la suficiente consistencia y rigidez**, incluso temporal, para superar las posibilidades delictivas y los consiguientes riesgos para los bienes jurídicos apreciables en los casos de

⁶⁹ Vid. mismo sentido, STS 289/2014 de 8 de abril (RJ 2014, 2046) o la 445/2014 de 29 de mayo (RJ 2014, 3676)

⁷⁰ SSTs 719/2013, de 9 de octubre, 589 y 591/2018, de 26 de noviembre.

codelinuencia o, incluso, de grupos criminales (SSTS 371/2014, de 7 de mayo, y 30/2019, de 29 de enero).

- d) **Finalidad de pluralidad delictiva:** La organización criminal se debe constituir para cometer delitos, **en plural**. Es indiferente que se cometa el mismo delito varias veces o distintos delitos. Ahora bien, no superaría este requisito típico el hecho de constituirse **para cometer un único delito** – pensemos en una organización que durante tres años prepara la comisión de un único atraco a un banco - . La STS 544/2012, ya planteó que de la reforma del CP no podía interpretarse que la reunión de varias personas para la ideación y combinación de funciones para la comisión de un único delito constituyese una organización criminal. La SAN, Sala 2ª, 2/2016, de 5 de febrero confirma esta interpretación al concluir que: *La inclusión en el Código Penal de los arts. 570 bis y ter, confirma esta determinación del Legislador, en donde ya define tales organizaciones y grupos criminales como potenciales agentes de plurales delitos, y no solamente de uno. Ahora bien, esta pluralidad hay que entenderla desde el punto de vista cuantitativo y no cuantitativo, no es necesario que se cometan diferentes tipos de delitos, sino que basta con una pluralidad de delitos del mismo tipo, y así ocurre con el tráfico de drogas*⁷¹.

Potencialidad lesiva: Parte de la jurisprudencia (vid. SAN, Sala 2ª, 2/2016, de 5 de febrero) incluye este quinto elemento para justificar el castigo autónomo de la organización, exigiendo que por su potencialidad lesiva afecte además de a los bienes protegidos por la concreta actividad que realicen, **al orden público igualmente, considerado el conjunto de los elementos precedentes de modo que suponga un plus a la mera codelinuencia.**

El **grupo criminal** se define de manera negativa, pues se entenderá como tal la unión de más de dos personas, **que sin reunir alguna de las características de la organización criminal**, tengan por finalidad la comisión concertada de delitos. Por lo tanto, de la mera lectura del artículo se puede concluir que al grupo criminal no le será exigible el carácter estable – puede ser agrupaciones transitorias con un fin delictivo – ni una estructura organizada.

Como expone la STS 30/2016, de 29 de enero, se reserva el concepto de organización criminal para aquellos supuestos de mayor complejidad de la estructura organizativa, pues es, precisamente, **la estabilidad temporal y la complejidad estructural lo que justifica una mayor sanción en atención al importante incremento en la capacidad de lesión.**

No obstante, surge el **peligro de confundir un grupo criminal con supuestos de codelinuencia** donde tres personas se reúnen para cometer delitos. Para evitar este solapamiento, la jurisprudencia exige **“una mínima permanencia” del grupo criminal** (STS 445/2014, de 29 de mayo) **y que su unión no sea fortuita, sino que atienda a un plan preconcebido.** La jurisprudencia ha reiterado que: La mera codelinuencia se aprecia en los casos de agrupaciones o uniones de solo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos

⁷¹ En el mismo sentido, SSTS 544/2012, de 2 de julio, 719/2013, de 9 de octubre, y 379/2017, de 25 de mayo; 30/2019 de 29 de enero.

personas, **se hubieran formado fortuitamente** para la **comisión inmediata de un delito** (SSTS 575/2014, de 17 de julio, 577/2014, de 12 de julio, y 30/2019, de 29 de enero). Tampoco estaremos ante un grupo criminal, sino ante un supuesto de codelincuencia, en las situaciones en donde más de tres personas se reúnan y concierten para la comisión **de un único delito**, ya que las organizaciones o grupos criminales se configuran como potenciales agentes de delitos plurales y no solo de uno (STS 30/2019, de 29 de enero).

c) Conducta típica

Respecto de la organización criminal, se diferencian dos grupos de conductas de diversa gravedad. **La promoción, constitución, organización, coordinación o dirección** de una organización criminal se castiga de manera más grave que la mera **participación activa en la organización o la cooperación económica de esta**. En el primer grupo se identifican conductas que conllevan un mayor desvalor por consistir en la creación y dirección de la organización.

Respecto al grupo criminal, el artículo 570 ter CP se castiga la **constitución, financiación o integración en este**. Al estar ante una figura que requiere menos estructura y una vocación no permanente, el legislador ha optado por no diferenciar la gravedad del que constituye un grupo, los integra o financia.

Se ha de **distinguir la integración** en la organización o grupo criminal, lo que conlleva la asunción de determinadas funciones, reparto de tareas y en muchos casos, obediencia jerárquica, a **la mera participación** en un delito cometido por una organización criminal. En este supuesto el partícipe no se integra en la organización, ni interviene en la toma de decisiones o en la actividad interna del grupo o la organización criminal, siendo su actividad autónoma de la organización, aunque coadyuvante en un delito concreto.

Ej. Manuel se integra en la organización criminal X y como miembro, obedece las órdenes que le dan para cometer determinados delitos.

Ej. Pedro, que no es miembro de la organización criminal X, pero lleva en su coche a Manuel, que sí miembro de X, a una gasolinera para que Manuel la atraque y consiga beneficios para la organización. Durante el atraco espera con el coche encendido y cuando Manuel sube escapan a toda velocidad.

d) Sujeto activo

Nos encontramos ante un delito común, por lo que cualquier persona puede cometerlo en calidad de autor.

e) Iter criminis

El delito se consuma en el momento que la persona realiza una de las acciones típicas - integración, constitución, financiación, ... de una organización o grupo criminal - **sin que sea necesario esperar al resultado** que provoca la comisión de delitos para los que se ha constituido la organización o el grupo criminal. Por lo tanto, nos encontramos ante un delito **de mera actividad, de peligro y de carácter permanente**, pues la consumación permanecerá durante todo el tiempo que el sujeto se encuentre integrado en la organización o grupo criminal.

Puede resultar **conflictivo diferenciar este delito del acto preparatorio de conspiración para delinquir**, donde dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y deciden ejecutarlo, **pues la creación de una organización criminal para delinquir no diferiría del acto preparatorio en su fase inicial**. No obstante, la organización criminal requiere las notas de permanencia, estabilidad y distribución de funciones que la conspiración no exige, con la importante diferencia que en este último caso, cuando se dé comienzo al delito para el que se conspira, este absorberá el acto preparatorio, mientras que la organización criminal se constituye como un delito autónomo que no es absorbido por la comisión de los delitos para los que fue constituida la organización.

Ej: Luis, Juan y Francisco se reúnen y deciden atracar un banco. Para ello estudian los planos y planean el golpe. Un lunes por la noche entran en el banco para atraccarlo, pero suena la alarma y han de salir huyendo. En este supuesto, la tentativa de robo ha absorbido a la conspiración para robar.

Ej: Luis, Juan y Francisco constituyen una organización criminal para cometer estafas por internet bajo el gancho de ganar dinero fácil. Luis es el informático que consigue los datos de las personas, Juan suplanta la identidad en las oficinas bancarias y Francisco publicita el método para conseguir potenciales víctimas. Durante tres años cometen 45 estafas, hasta que son detenidos. El delito de organización criminal sería autónomo de los delitos de estafa y estos no lo consumirían, sin perjuicio de aplicar el concurso correspondiente como se verá.

f) Elemento subjetivo

Es un delito doloso, **por lo que el conocimiento del autor deberá abarcar la finalidad delictiva del grupo y su carácter ilícito**. El dolo requerido será de **primer grado**, pues el autor debe comulgar de forma consciente y voluntaria con los fines delictivos de la organización o el grupo criminal, sin que el dolo eventual se considere suficiente para completar el tipo subjetivo del delito.

g) Autoría y participación

Por la propia configuración del tipo penal, resulta complejo identificar supuestos de participación de aquel que forma parte de la organización, pues la amplitud de los verbos típicos conlleva a que la participación activa en una organización o grupo criminal **sea considerada como un tipo de autoría**.

Distinto es el caso de aquel que participa en el delito concreto que cometen los miembros de una organización criminal. En este caso se pueden identificar supuestos de complicidad con el delito cometido, pero no con el delito de organización o grupo criminal⁷².

h) Penalidad

En el supuesto de organizaciones criminales la pena se gradúa en función de las actividades delictivas a las que se dedique esta. Si fuesen delitos graves (pena en abstracto superior a 5 años) la pena será de 4 a 8 años de prisión para

⁷² Vid ejemplo anterior epígrafe C.

los promotores, organizadores, coordinadores o directores y de 2 a 5 años para los que participaren activamente o la financiaren. En el supuesto en que los delitos a los que se dedica no fueran graves, la pena será de 3 a 6 años en el primer caso y de 1 a 3 en el segundo.

En el supuesto de los grupos criminales, la pena variará en función de los delitos a los que se dedique el grupo criminal, contemplándose en el apartado 570 ter. CP la pena de 3 meses a 1 año cuando se trate de cometer **uno o varios delitos** menos graves o la perpetración reiterada de delitos leves.

Este último punto, resulta incongruente con la interpretación de la finalidad delictiva de la comisión de múltiples delitos que se ha expuesto como característica del grupo o la organización criminal, ya que se plantea el castigo al grupo cuya finalidad sea cometer **uno o más delitos graves** cuando de la descripción típica y de su interpretación jurisprudencial se ha establecido que la reunión para cometer un único delito no sería típica. De hecho, en la redacción del artículo 570. Ter a) CP se identifica esta incongruencia, al afirmar que: *Si la finalidad del grupo es cometer delitos de los mencionados en el apartado 3 del artículo anterior, con la pena de dos a cuatro años de prisión si se trata de uno o más delitos graves...* Si la finalidad ha de ser plural (cometer delitos) no se puede castigar si se pretende cometer un único delito, aunque sea grave, ya que recordamos que no se exige la efectiva comisión de estos para castigar la conducta.

III. Supuestos agravados

Tanto el artículo 570 bis. 2 CP como el 570 ter 3 CP comparten los mismos supuestos agravados. La pena se aplicará en su mitad superior:

- Cuando la organización o grupo criminal esté formada por **un número elevado de personas**. Esta agravante parte de la fórmula de que a mayor número de personas que integren la organización o el grupo criminal, aumenta la peligrosidad. El legislador no concreta qué entiende por un elevado número, sin que quepa interpretar que con duplicar o triplicar el número mínimo de miembros ya se debería aplicar la agravante, dado que se parte de un número mínimo bastante bajo - tres miembros -. Deberá ser lo suficientemente significativa para identificar un aumento del desvalor acción derivado del aumento del peligro intrínseco por elevado número de miembros y su capacidad real de acción.
- **Dispongan de armas o instrumentos peligrosos**: El plus de peligrosidad radica en que la organización o el grupo posea instrumentos potencialmente peligrosos para llevar a cabo su finalidad delictiva y los ponga a disposición de sus miembros. No es necesario que se hayan utilizado, sino simplemente que consten en su poder.

- **Disponer de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución del delito o la impunidad de los culpables:** La aplicación de esta agravante resulta especialmente polémica cuando la utilización de esos medios sea indispensable para el cumplimiento de su finalidad delictiva (por ejemplo, utilización de una página web para facilitar descargas ilegales de contenidos audiovisuales), y su desvalor ya se esté castigando por la creación o integración en una organización criminal.

Como recuerda la SAN 2/2016, de 5 de febrero: *En cualquier caso, no basta con probar la disponibilidad de buques, embarcaciones o aeronaves, entre otros medios de transporte, o de teléfonos – o medios de comunicación- satelitales, esto es, conectados directamente a un satélite de telecomunicaciones, redes de comunicación social, o cualquier otro medio avanzado de comunicación en función del estado y evolución de la técnica, para aplicar este subtipo sino que es preciso demostrar que sus características incrementan el desvalor del injusto de modo que su empleo facilite la ejecución de los hechos o la impunidad de sus responsables.*

- Cuando los delitos a los que se dedique la organización criminal fuesen contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual y la trata de seres humanos.

Supuesto hiperagravado: Si concurren dos o más de estas circunstancias, se impondrá la pena superior en grado.

IV. Concurso de normas

El delito de pertenencia a organizaciones o grupos criminales aparece en el Código Penal tanto como un delito autónomo como un supuesto agravado en multitud de tipos delictivos. Esto provoca supuestos concursales que se han de solventar para evitar la doble punición.

El artículo 570 quater. 2 CP establece que cuando las conductas previstas en el capítulo estuvieran comprendidas en otro precepto del Código será de aplicación el principio de alternatividad ex artículo 8.4 CP. Por lo tanto, cuando exista un tipo penal específico en el que se incluya como elemento agravante formar parte de una organización o grupo criminal, se tendrán que comparar las penas y el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con una pena menor.

Ej. Manuel forma parte de una organización criminal dedicada al sicariato. Reciben un encargo para matar a Rodrigo, cosa que hace una noche sin luna tras cobrar 15.000 €. Manuel ha cometido un delito de asesinato hiperagravado del artículo 140.1.3ª CP y un delito del artículo 570 bis CP. En virtud de esta cláusula concursal se castigará únicamente por el asesinato hiperagravado, pues se encuentra castigado con una pena mayor – prisión permanente revisable – que el de pertenencia a una organización criminal.

V. Atenuante por arrepentimiento, colaboración y delación.

Como forma de lucha contra la delincuencia organizada se contempla en este capítulo – como en otros delitos como el tráfico de drogas o terrorismo – la rebaja potestativa de la pena cuando el autor haya abandonado voluntariamente las actividades delictivas y haya colaborado con las autoridades para obtener

pruebas decisivas para la identificación y captura de otros responsables o evitar la perpetración de futuros delitos.

VI. Consecuencias accesorias

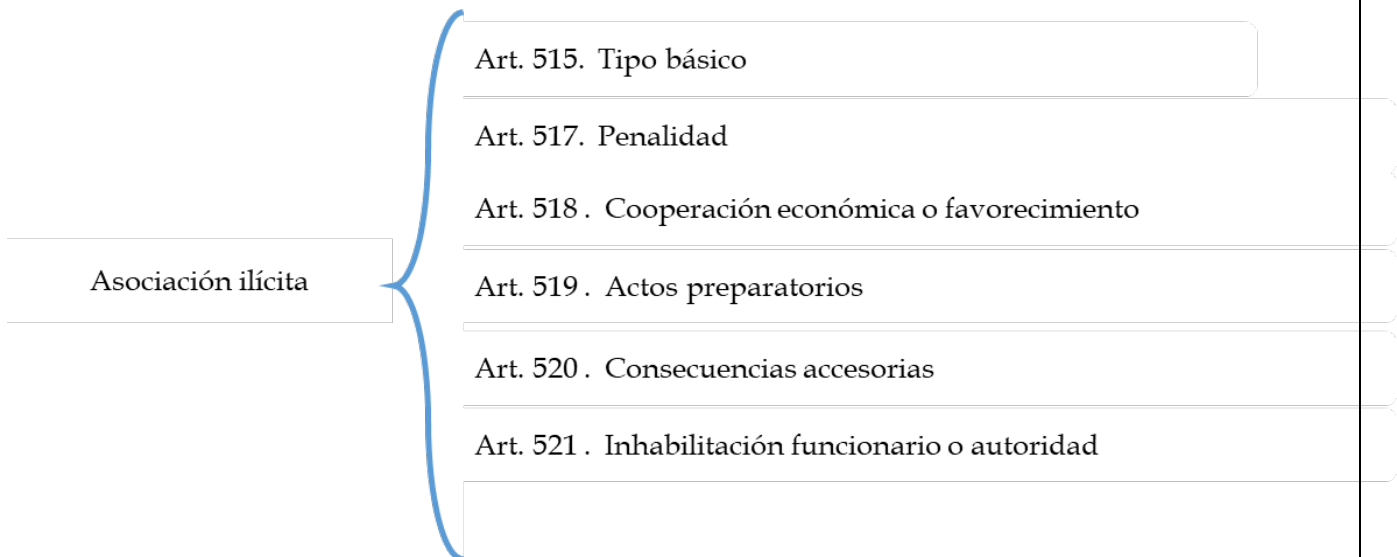
A pesar de que este tipo de delitos no provoca la responsabilidad penal de la persona jurídica, según el artículo 570 quater CP regula que se acordará la disolución de la organización o el grupo criminal. Esta consecuencia accesoria solo podrá ser llevada a cabo si la organización o el grupo cuentan con personalidad jurídica para que pueda ser disuelta.

El artículo 570 quater.2 CP prevé penas de inhabilitación especial para todas aquellas actividades económicas o negocios jurídicos relacionados con la actividad de la organización o grupo criminal o con su actuación en el seno de las mismas.

VII. Aplicación extraterritorial

El artículo 570 quater. 3 CP establece la aplicación extraterritorial de este tipo penal a quienes pertenecieran a una organización o grupo criminal que estén **asentados en el extranjero, cuando se lleve a cabo cualquier acto relevante en España**. De este modo, positiviza el principio de ubicuidad aplicado por la jurisprudencia para que se pueda castigar a los miembros de organizaciones criminales extranjeras cuando realicen actos penalmente relevantes en España.

Asociación ilícita



I. Introducción

La asociación ilícita ha sido la vía por la que tradicionalmente se ha castigado la organización criminal, ya que hasta la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, era la única figura criminal que tipificaba la asociación para delinquir. Una vez incorporado el artículo 570 bis CP hay voces en la doctrina que han advertido que carece de sentido seguir manteniendo la duplicidad de estas figuras criminales que, como se verá, en esencia castigan las mismas conductas pues la aplicación del 570 bis CP abarca la casi totalidad de los supuestos criminógenos de las asociaciones criminales.

La asociación ilícita ha sido relegada a un tipo penal residual que podría activarse en determinados supuestos que no cubre la organización criminal, pero que con una mejor técnica legislativa podrían haber sido abarcadas por la organización criminal a fin de evitar duplicidades y problemas concursales.

Como reitera la jurisprudencia actual (entre otras, vid, STS 214/2018, de 8 de mayo): *Las modificaciones operadas en el CP a través de la LO 5/2010, de 22 de junio, han conducido a una reinterpretación de este art. 515, que actúa ahora como tipo residual respecto de las más específicas figuras de la organización criminal y del grupo criminal a que se refieren los arts. 570 bis, ter y quater CP. La inclusión de este precepto dentro de los delitos contra el ejercicio de determinados derechos constitucionales produjo una restricción de su ámbito en reiterados pronunciamientos jurisprudenciales, ya que se exigía una estructura, duración o permanencia, coordinación de funciones, reparto de roles, finalidades, jerarquía, etc, que se diferenciaban en gran medida de otras situaciones delictivas, que se juzgaban más propiamente en el ámbito del consorcio delictivo.*

II. Elementos generales

a) Bien jurídico protegido

La ubicación sistemática del artículo 515 CP - en el capítulo IV del título XXI, de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas - avala la postura de parte de la doctrina (RODRÍGUEZ RAMOS) de identificar el bien jurídico protegido como el correcto ejercicio del derecho constitucional de asociación, **comportando los supuestos tipificados, claras extralimitaciones al ejercicio constitucional de tal derecho** (STS 310/2018, de 26 de junio). También se ha identificado el orden público como valor protegido por la norma. En opinión de CUERDA ARNAU, *lo que se castiga en tales figuras del delito no es la extralimitación en el ejercicio de un derecho constitucional, sino el daño o peligro para el orden público, que cada una de las figuras de asociación ilícita contempla*. En opinión de GARCÍA PABLOS, el objeto de tutela en estos delitos es, en abstracto, el orden público en sentido amplio y, más concretamente, *la propia institución estatal, su hegemonía y poder, frente a cualquier otra organización que persiga fines contrarios y antitéticos a los de aquélla*.

Como en el caso de la organización criminal, la jurisprudencia se ha ocupado de aclarar que el bien jurídico protegido es distinto del que se ve afectado por la comisión de los delitos por miembros de la asociación ilícita, insistiendo en el carácter autónomo del tipo delictivo.

En todo caso se trata de un bien jurídico diferente del que se protege en la posterior acción delictiva que se cometa al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó, de forma que el delito de asociación ilícita tiene sustantividad propia basada en un bien jurídico

singular, como lo demuestra el hecho de que la asociación es anterior a la puesta en peligro de los bienes jurídicos de la acción delictiva subsiguiente, consumándose desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva (STS 234/2001, de 3 de mayo, 421/2003, de 10 de abril, 852/2016, de 11 de noviembre, y 45/2018, de 26 de enero).

b) Objeto material

La denominación de “asociación” y la referencia habitual al artículo 22 de la Constitución ha provocado que en ocasiones se asimilase el concepto jurídico penal de asociación a la concepción jurídico privada, exigiendo unos requisitos formales para que la agrupación pueda ser inscrita en el registro de asociaciones. No obstante, tal y como ya advirtiera la doctrina (CÓRDOBA RODA) el término adoptado en el Código Penal adopta un sentido más amplio que en el Derecho privado (STS 50/2007, de 19 de enero).

QUINTANO RIPOLLÉS afirmaba que, *las asociaciones, para merecer el nombre de tales, deberán poseer cierta consistencia formal y hasta un conato de organización y jerarquía*. La jurisprudencia considera que la asociación ilícita debe contar con la unión de varias personas con un carácter estructurado, permanente, antirrenovable, jerarquizado, dedicado a lucrarse con bienes y servicios ilegales o a efectuar hechos delictivos (STS 745/2008, de 25 de noviembre).

Como puede comprobarse, estas características son muy similares a las exigidas para la organización criminal – permanencia, distribución de funciones, finalidad delictiva y pluralidad de miembros -. Los rasgos generales del objeto material no difieren por tanto en ambas figuras penales, aunque el artículo 515 CP establece una enumeración del tipo de asociaciones ilícitas, que se analizan a continuación:

1. Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promueva su comisión: Se incluyen en este apartado tanto las asociaciones creadas para delinquir, como aquellas creadas para un fin lícito pero que en un momento posterior a su fundación, y durante la vida de la asociación, establezca como una de sus finalidades la comisión de delitos. **Esta segunda opción la diferencia con la organización criminal**, donde el fin delictivo debe estar en el origen de la misma, aunque nada impide, una finalidad delictiva sobrevenida que transforme una organización lícita en criminal.

Existe otra diferencia entre la finalidad de la asociación ilícita y la de las organizaciones criminales, pues en las primeras el objeto de cometer “**algún delito**” no exige que se cometan varios delitos, como sí sucede en las organizaciones criminales. Este matiz ha sido resaltado en la jurisprudencia como elemento diferenciador entre ambas figuras criminales.

*La inclusión en el CP de los arts. 570 bis y ter confirma esta determinación del legislador, en donde ya define tales organizaciones y grupos criminales como potenciales **agentes de***

plurales delitos, y no solamente de uno. Ahora bien, la exclusión propugnada por el art. 22.2 CE hace necesario el mantenimiento del tipo penal previsto en el art. 515.1º CP, si bien su interpretación ha de verse reconducida a su ámbito propio, es decir, como contrapartida al derecho de asociación, por lo que las características del mismo condicionan la aplicación de dicho tipo penal, exigiéndose pluralidad de partícipes, estructura definida, distribución de funciones, órgano directivo y vocación de permanencia, en concordancia con el propio concepto constitucional de asociación (SSTS 1057/2013, de 12 de diciembre, 852/2016, de 11 de noviembre, 470/2017, de 22 de junio, y 214/2018 de 8 de mayo).

Asociaciones como los Lating Kings y los Ñetas han sido declaradas ilegales y se ha condenado a sus miembros por su pertenencia. Vid. SSTS 1057/2013 de 12 de diciembre, y 852/2016, de 11 de noviembre.

2. Las que tengan por objeto un fin lícito, pero empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución: La descripción de este objeto material genera bastante desconcierto por incluir elementos difusos en su configuración. **Habría que entender, para criminalizar la asociación, que la utilización de los medios violentos es un elemento consustancial a la asociación (CARBONELL MATEU) que conlleva la comisión de delitos, no siendo suficiente que alguno de sus miembros utilicen esos medios al margen del ideario de la asociación.** La utilización de la violencia para obligar a alguien a hacer lo que no quiere conllevará, habitualmente, la comisión de delitos de coacciones. La interpretación de este apartado se debe hacer, tal y como plantea TAMARIT SUMALLA, de conformidad con el artículo 22.2 CE, por lo que se debe exigir que la utilización de los medios violentos sea constitutiva de delito, para considerar ilícita la asociación.

Más polémico aún resulta la inclusión de emplear “la alteración o control de la personalidad” para la consecución de un fin lícito. La finalidad que perseguía el legislador al utilizar esta acepción es incluir a determinadas sectas que pretenden alienar la voluntad de sus miembros para conseguir su fin. No obstante, resulta realmente complejo introducir parámetros valorativos como “personalidad”, la cual puede cambiar a consecuencia de determinadas circunstancias. MUÑOZ CONDE propone restringir este ámbito punitivo a las asociaciones que hayan cometido algún delito contra la salud, libertad o indemnidad sexual de sus miembros.

Ejemplo de lo complejo que resulta valorar los conceptos de “alteración o control de la personalidad” se encuentra en la STS 1669/1994, de 30 de octubre – Caso Los niños de Dios – donde se enjuició a una comunidad que no escolarizaba a sus hijos y donde “la formación intelectual se basaba, según el hecho probado, en métodos semejantes a los que regían en «colegios religiosos en régimen de internado y a las clásicas escuelas premilitares de corte prusiano». Las clases se completaban con una acusada incidencia en las lecturas bíblicas o en textos escogidos entre los encontrados en su poder que se utilizaban para un adoctrinamiento adecuado. No obstante, tras un análisis exhaustivo de si la asociación había cometido algún delito (lesiones psíquicas),

la Audiencia Provincial de Barcelona absolvió a los acusados, siendo confirmada la sentencia absolutoria por el Tribunal Supremo, el cual concluyó en la citada sentencia que: *Más allá del rechazo o desaprobación que pudieran suscitar en una sociedad democrática, los métodos pedagógicos basados en la introversión y el autoritarismo debemos mantener el derecho penal alejado de estos debates y evitarle la tentación de entrar de manera ligera, insegura y peligrosa en la perenne discusión sobre la idoneidad de los modelos educativos. La exigencia de taxatividad y certeza consustancial al derecho punitivo aconseja encomendar la corrección y el análisis de estas cuestiones de carácter general a especialistas de otras ramas incrementando la información y la educación de los sectores de población que pudieran verse negativamente afectados.* En sentido similar vid SAP de Madrid (Sección 4ª), 335/2001, absolutoria de la “Iglesia de la Cienciología”.

En todo caso, se da la paradoja que al haberse derogado por la LO 5/2010 el artículo 516 CP, que castigaba a los fundadores, directores e integrantes de estas asociaciones, aunque estas asociaciones se consideren ilícitas no existe tipificación de una conducta que sea punible, por lo que de hecho han sido despenalizadas, siendo absurdo que se mantengan como un tipo de asociación ilícita en el artículo 515. 2 CP cuando no existe conducta punible asociada.

3. Las organizaciones de carácter paramilitar: Las organizaciones paramilitares son aquellas que adoptan estructuras, jerarquías, principios de obediencia, régimen sancionador interno y propio, vestimenta, y demás características de las fuerzas armadas. Su constitución atiende a un determinado fin al que se obligan sus miembros. Partiendo de que el fin sea lícito, hay que preguntarse en dónde reside el fundamento de considerar a estas asociaciones ilícitas y castigar a sus fundadores y miembros. Parte de la doctrina plantea que la creación de este tipo de grupos supone un elemento peligroso para el Estado y atenta contra su monopolio para crear este tipo de estructuras militares, por lo que si no se interpreta de manera combinada con el artículo 515.1 (finalidad delictiva) el castigo radicaría en la peligrosidad abstracta de la asociación, no en la culpabilidad por la comisión de un hecho delictivo propio – téngase en cuenta que el fin puede ser lícito y no se exige la comisión de delito alguno -. Esto ha sido criticado con razón por la doctrina (VÁZQUEZ GONZÁLEZ) que plantea la idoneidad de buscar otra vías – administrativas – para resolver los problemas que podrían causar estas asociaciones y cumplir de esta manera con el mandato constitucional del artículo 22.5 CE (MUÑOZ CONDE).
4. Las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de

aporofobia o de exclusión social, situación familiar, enfermedad o discapacidad⁷³: En este apartado se incluyen como ilícitas las asociaciones que **fomenten** – excitar, impulsar, - **promuevan** – perseguir determinados fines – o **inciten** – estimular a otro para que haga una cosa – el odio, la hostilidad, la violencia por razones discriminatorias. Una asociación con esa finalidad ya comete de por sí el delito del artículo 510 1. a) CP, por lo que la finalidad delictiva de la misma ya la convertiría en ilícita ex artículo 515.1 CP.

La SAP Madrid, 7.^a, 46/2008, de 16 de julio de 2009 (Caso organización neonazi «Hammerskin-España») establece que para la aplicación del art. 515.5.º CP será preciso que **resulte acreditada la existencia de una asociación**, y que la misma deba ser **considerada como ilícita** al tener como finalidad el promover la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o incitar a ello, **no resultando suficiente con que cada uno de sus miembros tenga una ideología de ese tipo**, aunque sí es suficiente con que la finalidad de la asociación sea el tomar la iniciativa para que se produzca la discriminación, el odio o la violencia contra las personas y por los motivos mencionados, realizando conductas orientadas a dicha discriminación, odio o violencia y estimulando a otras personas para que compartan dicho odio o violencia o practiquen la discriminación, sin que resulte preciso que efectivamente consigan tal resultado.

Vid. mismo sentido la SAP Madrid, 3.^a, 259/2010, de 30 de junio, respecto de la asociación neonazi Blood & Honour. La Audiencia sale al paso del argumento exculpatorio de la libertad de expresión recordando que: *No se trata de establecer una democracia militante, que imponga no ya el respeto sino la adhesión positiva al ordenamiento jurídico, y en primer lugar a la Constitución – STC 48/2003, de 12 de marzo –, pero sí de excluir de la garantía que supone el art. 20.1 CE un pretendido derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, que violan uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad, y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, la dignidad de la persona – STC 214/1991, de 11 de noviembre –.*

c) Conducta típica

El artículo 517 CP castiga la conducta de fundar, dirigir, presidir o ser miembros activos de alguna de las asociaciones ilícitas referidas en los ordinales 1, 3 y 4 del artículo 515 CP, por lo que no existe conducta típica contemplada para los casos de las asociaciones ilícitas del artículo 515.2º CP (*Las que tengan por objeto un fin lícito, pero empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución*).

El artículo 517 CP tiene un defecto de redacción, pues sigue contemplando los ordinales 5 y 6, que ya han sido derogados. MUÑOZ CONDE considera que *para evitar interpretaciones absurdas, habrá que entender que la remisión del art.*

⁷³ Modificado por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

517 se refiere a los actuales números 1º a 4º del art. 515. En mi opinión, y de conformidad con el principio de legalidad y taxatividad, **todas las conductas relativas a las asociaciones ilícitas del artículo 515.2 CP han quedado destipificadas**, más si cabe cuando el legislador no se ha ocupado de corregir este error – en caso de serlo – en las posteriores y numerosas reformas del Código Penal.

Se castiga de este modo el hecho de **crear una asociación** – fundar- , **gobnarla, regirla y dirigirla** – dirección – **así como el hecho de ocupar una posición jurídica principal en la misma** – presidente -. Con una pena menor se castiga no al mero integrante, sino a aquel que lleva a cabo una participación activa que coadyuva los fines ilícitos de la propia asociación.

La cooperación económica, o relevante de otra clase, a las asociaciones ilegales especificadas se castiga de manera autónoma en el artículo 518 CP, por lo que se aplicará este delito en supuestos de participación.

d) Sujeto activo

Al ser un delito común, cualquier persona puede ser autora del mismo, aunque en función del papel adoptado tendrá una mayor o menor pena. Si los autores de este delito fueran autoridad, agente de ésta o funcionario público, se impondrán además de las penas señaladas, las de inhabilitación especial.

e) Iter criminis

Tal y como sucede con los delitos de fundación, dirección o pertenencia activa de organizaciones o grupos criminales, el delito de asociación ilícita es un tipo de mera actividad y de peligro, y en determinadas conductas como dirección o participación activa, de consumación permanente mientras dure dicha conducta.

El delito es autónomo respecto de los tipos penales que puedan cometer los miembros de la asociación, por lo que se consume en el momento que se constituye la asociación ilícita contemplada en el artículo 515.1, 3 y 4 CP.

f) Elemento subjetivo

Nos encontramos ante un delito que se ha de cometer con dolo de primer grado, pues el sujeto activo ha de conocer la finalidad ilícita de la asociación y participar voluntariamente en la consecución de sus fines.

g) Actos preparatorios

El artículo 519 CP castiga la provocación, proposición y conspiración para cometer este delito. Al ser un delito de mera actividad y de peligro, resulta complejo plantear el castigo de los actos preparatorios, sobre todo en el supuesto de la conspiración. El adelanto de la barrera de protección en este tipo de delitos resulta más simbólica que efectiva.

h) Consecuencia accesoria

El artículo 520 CP contempla la disolución de la asociación ilícita como pena accesoria a la condena.

III. Supuestos prácticos

1) Pedro, José y Juan son amigos. Una tarde se encontraban en un parque. Al lado había un grupo de dos menores fumando. Al ver que estaban solos, deciden quitarles los móviles. Se acercan, les dan patadas y puñetazos y se llevan sus teléfonos, el tabaco y 35 €.

2) Pedro, José, Juan, Marina y Rebeca tienen habilidad para hurtar carteras. Siempre habían actuado por libre, pero tras conocerse deciden actuar de manera coordinada para facilitar los hurtos – unos distraen mientras otros hurtan – y repartirse los beneficios.

3) Pedro, José y Juan se reúnen para atracar una sucursal bancaria. Durante 6 meses prepararon el golpe. El día señalado para el atraco son detenidos por la policía, cada uno en su casa, pues tenían intervenidas las comunicaciones por orden judicial.

4) Ruben y María constituyen una asociación para la defensa de los animales. La idea de ambos es conseguir subvenciones y utilizarlas en su propio beneficio, sin desarrollar el fin de la asociación. Durante un periodo de 5 años recibieron de las arcas públicas 350.000 € que se repartieron entre ambos.

5) Eugenio decide fundar una asociación para defender los valores constitucionales. Para ese fin, consigue establecer un tipo de organización paramilitar al utilizar en sus reuniones vestimenta específica, realizar campamentos de preparación para la defensa constitucional, establece un orden jerárquico y un régimen sancionador propio de la asociación. En su actividad, la asociación no comete ningún tipo delictivo.

6) Francisco forma parte de una organización que se dedica a la extorsión y el sicariato. Esta organización está radicada en Colombia. Francisco viajó a España para llevar a cabo un trabajo encargado a la organización - debía acabar con la vida de un tercero -. El día señalado, Francisco persigue con una motocicleta al objetivo y en un semáforo le dispara cuatro tiros. Solo uno de ellos le impactó en un brazo. Francisco fue detenido en ese momento por una patrulla policial.

7) Pedro, José, Juan, Marina y Rebeca montan una sociedad de inversión con una estructura piramidal. Prometen grandes beneficios si se invierte en un producto estrella – marihuana terapéutica -. Todo es mentira y solo pretenden crear una estafa piramidal que se mantendrá mientras vayan consiguiendo clientes. Durante 3 años funciona el sistema, hasta que se descubre. Cuando

la sociedad es intervenida, se identifican 3540 perjudicados, valorándose el daño total causado en 6 millones de euros.

8) Pedro, junto con 7 personas más, ha creado un grupo de presión que actúa coordinadamente con la finalidad de facilitar contactos con la administración y sobornar a funcionarios públicos. Una noche, en un bar, tiene una discusión con un tercero y lo apuñala con una navaja que siempre llevaba. El tercero, que no tenía ninguna relación con su actividad en la organización criminal, muere a consecuencia de las heridas.

Tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos

Tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos

Art. 563. Tipo de armas prohibidas

Art. 564. Tenencia ilícita de armas de fuego

Art. 565 . Rebaja de pena potestativa por falta de intención de utilizar el arma

Art. 566 . Fabricar, comercializar o establecer depósitos de armas o municiones no autorizadas

Art. 567 . Definición de depósito de armas a efectos del capítulo

Art. 568 . Tenencia o depósito ilícito de aparatos explosivos, incendiarios, inflamables o asfixiantes

I. Introducción

En el capítulo V del título XXII se encuentran tipificadas distintas conductas que castigan la tenencia de armas y tráfico y depósito de armas, explosivos y municiones. Los dos primeros artículos (563 y 564 CP) se encargan de **la mera tenencia de armas prohibidas o de fuego, y los artículos posteriores del depósito o tráfico de armas de guerra, biológicas, químicas o sustancias explosivas.**

Es importante conocer estos tipos delictivos, pues al ser de mera tenencia y peligro abstracto, plantean en no pocas ocasiones supuestos concursales con delitos violentos de resultado donde se utilizan armas para su ejecución – lesiones con armas, robo a mano armada, etc. - .

Nos encontramos con supuestos de ley penal en blanco, pues es necesario acudir a la legislación extrapenal para identificar los objetos materiales – armas prohibidas, armas de fuego, armas de guerra , etc. ⁷⁴-. A continuación

⁷⁴ Reglamento de Armas aprobado por el RD 137/1993, de 29 de enero, modificado por los RRDD 540/1994 de 25 de marzo, 1628/2009 de 30 de octubre y 976/2011 de 8 de julio, y la O INT/1008/2017 de 3 de julio; Convención de París de 13 de enero de 1993, sobre prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción (ratificado por Instrumento de 22 de julio de 1994); Convenio sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción, hecho en Londres, Moscú y Washington el 10 de abril de 1972 (ratificado por Instrumento de 1 de junio de 1979); Convención de 18 de septiembre de 1997 (Tratado de Ottawa) sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonas y sobre su destrucción; Convención sobre municiones de racimo, hecha en Dublín

analizaremos las características comunes de los distintos tipos delictivos, para a continuación desarrollar las especificidades de los distintos tipos penales.

II. Elementos comunes

a) Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido común a las distintas conductas es la seguridad ciudadana, general o comunitaria, frente al peligro que supone la tenencia, depósito, tráfico y distribución incontrolada de armas, municiones y sustancias explosivas, con potencial real para afectar a la integridad física o la vida de las personas [Vid. STS 1071/ 2006, de 8 de noviembre; 1969/2000, de 20 de diciembre]. También se ha identificado como valor adyacente protegido el monopolio del Estado en el control de armas para proteger la vida y la integridad de las personas [STS 781/2008, de 29 de noviembre].

Nos encontramos ante una decisión de política criminal, donde el legislador considera necesario proteger la seguridad colectiva a **través de la limitación y restricción de la tenencia y uso de armas de fuego**. Por el contrario, en otros países la posesión de un arma de fuego está reconocido como un derecho constitucional - la segunda enmienda de la Constitución de EE.UU. reconoce como derecho constitucional del pueblo, poseer y portar un arma -.

b) Tipo de delito

Todas las conductas recogidas en este capítulo del Código Penal pueden identificarse como delitos de mera actividad, de peligro (abstracto o concreto - caso especial art. 563 por aplicación de la STC 24/2004, de 24 de enero -, en función del tipo delictivo) y de consumación permanente, pues el delito se consuma desde la adquisición del objeto material y de manera permanente se mantiene esta situación hasta que cesa la posesión efectiva del mismo. Los objetos materiales deben ser potencialmente dañinos - deben funcionar - aunque no sea necesario que el arma se use, - al ser delitos de mera actividad - y si se produce un resultado dañosos por su uso se plantearán supuestos de concursos de delitos.

c) Sujeto activo

Nos encontramos ante un delito común, de propia mano que comete el que goza de la posesión ilícita de un arma, aunque pueden concurrir supuestos de coautoría en casos de tenencia compartida o reparto de funciones en el depósito o tráfico de armas.

d) Elemento subjetivo

Todos los tipos penales de este capítulo del Código Penal son dolosos, y el conocimiento debe abarcar el acto de posesión, depósito, tráfico de un objeto

el 30 de mayo de 2008 (ratificada por Instrumento de 8 de junio de 2009); Tratado sobre el comercio de armas, hecho en Nueva York el 2 de abril de 2013 (BOE de 31 de octubre de 2014).

material prohibido por la legislación y que cuenta con idoneidad lesiva. No se exige que el depósito se haya constituido con fines o móviles subversivos o antisociales.

III. Tenencia de armas prohibidas. Art. 563 CP.

Este artículo castiga con la pena de prisión de uno a tres años **la tenencia de armas prohibidas y de aquellas que sean el resultado de la modificación sustancial de las características de armas reglamentadas**. Para identificar el objeto material al que se refiere la primera acepción del tipo penal, se ha de acudir al artículo 4 del Reglamento de Armas⁷⁵.

No obstante, **la aplicación de este artículo se ha de interpretar restrictivamente a la luz de la STC 24/2004**, de 24 de febrero para hacerlo compatible con el principio de legalidad desde el punto de vista de la reserva de ley y la proporcionalidad y *ultima ratio*, para reservar la aplicación de este delito a las conductas más graves.

La STC 24/2004 resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Lo Penal de Tortosa, por infringir la reserva de ley orgánica en materia de desarrollo de las libertades y derechos fundamentales prevista en el art. 81.1 en relación a los arts. 53.1 y 25.1 de la Constitución. La STC limita la posibilidad de considerar reglamentariamente armas prohibidas al Reglamento de Armas, *“sin que pueda considerarse constitucionalmente admisible, a los efectos de la configuración del tipo penal, la incorporación al mismo de lo prohibido mediante órdenes ministeriales, conforme a lo previsto en la anteriormente transcrita disposición final cuarta del mismo”*. En segundo lugar, y desde el punto de vista de la perspectiva material del principio de legalidad, **el TC considera que la descripción típica no contempla en núcleo esencial de prohibición penal, limitándose el tipo a describir una sanción de tipo administrativo**. Por ello el TC realiza una reinterpretación del artículo 563 CP para que su aplicación sea constitucional, que se resume en el siguiente párrafo:

Recapitulando todo lo expuesto hasta ahora, a tenor del art. 563 CP las armas cuya tenencia se prohíbe penalmente son, exclusivamente, aquellas que cumplan los siguientes requisitos: en primer lugar, y aunque resulte obvio afirmarlo, que sean materialmente armas (pues no todos los objetos prohibidos con ese nombre en la norma administrativa lo son); en segundo lugar, que su tenencia se prohíba por una norma extrapenal con rango de ley o por el reglamento al que la ley se remite, debiendo excluirse del ámbito de prohibición del art. 563 CP todas aquellas armas que se introduzcan

⁷⁵ Art. 4. Reglamento de armas

1. Se prohíbe la fabricación, importación, circulación, publicidad, compraventa, tenencia y uso de las siguientes armas o de sus imitaciones:

- a) Las armas de fuego que sean resultado de modificar sustancialmente las características de fabricación u origen de otras armas, sin la reglamentaria autorización de modelo o prototipo.
- b) Las armas largas que contengan dispositivos especiales, en su culata o mecanismos, para alojar pistolas u otras armas.
- c) Las pistolas y revólveres que lleven adaptado un culatín.
- d) Las armas de fuego para alojar o alojadas en el interior de bastones u otros objetos.
- e) Las armas de fuego simuladas bajo apariencia de cualquier otro objeto.
- f) Los bastones-estoque, los puñales de cualquier clase y las navajas llamadas automáticas. Se considerarán puñales a estos efectos las armas blancas de hoja menor de 11 centímetros, de dos filos y puntiaguda.
- g) Las armas de fuego, de aire u otro gas comprimido, reales o simuladas, combinadas con armas blancas.
- h) Las defensas de alambre o plomo; los rompecabezas; las llaves de pugilato, con o sin púas; los tiragomas y cerbatanas perfeccionados; los munchacos y xiriquetes, así como cualesquiera otros instrumentos especialmente peligrosos para la integridad física de las personas.

en el catálogo de los arts. 4 y 5 del Reglamento de armas mediante una Orden ministerial conforme a lo previsto en la disposición final cuarta, por impedirlo la reserva formal de ley que rige en material penal; en tercer lugar, que posean una especial potencialidad lesiva y, por último, que la tenencia se produzca en condiciones o circunstancias que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana, quedando excluida la intervención del Derecho penal cuando no concurra realmente ese concreto peligro sin perjuicio de que se acuda, en ese caso, al Derecho administrativo sancionador.

La interpretación constitucional exige por tanto que concurra **una situación objetiva y concreta de riesgo para castigar el hecho de tener un arma prohibida**, incluyendo un requisito de peligro concreto, limitado adicionalmente por la necesaria concreción del arma prohibida descrita en una ley o reglamento. Ello impediría aplicar la cláusula analógica del artículo 4.1 h) - *así como cualesquiera otros instrumentos especialmente peligrosos para la integridad física de las personas* - para determinar el objeto material [STS 484/2005, de 14 de abril].

La jurisprudencia considera que la defensa eléctrica de alto voltaje es un arma prohibida con potencialidad lesiva (STS 505/2016, de 9 de junio). La tenencia de una ballesta se considera atípica, pues no está catalogada como arma prohibida y tampoco entraría en el supuesto de arma de fuego ex art. 564 CP (STS 29/2009, de 16 de enero).

Respecto a las armas que hayan sufrido una modificación sustancial de las características de fabricación de armas reglamentadas, no son más que una clase de armas prohibidas, como recuerda la STS 1849/2000, de 2 de diciembre. Se produce en armas de fuego en donde se alteran sus características para que sean más lesivas o el resultado se produzca de un modo no esperado (Vid. art. 4.1 a) y b) Reglamento de armas).

a) Conducta típica

El tipo penal castiga la tenencia del arma prohibida, **lo que equivale a una posesión fáctica actual, o potencial disposición de la misma por la mera voluntad del autor**. Esa relación física con el arma debe generar un peligro concreto - Vid. STC 24/2004 -, una situación objetiva de peligro. Por ello se ha de enfatizar que la mera y simple posesión de un arma prohibida no integra el tipo penal, lo que ha llevado a la jurisprudencia a excluir del castigo a situaciones donde **el arma se poseía con la mera intención decorativa, colección o curiosidad, o para fines usuales domésticos y no peligrosos** (STS 709/2014 de 30 de octubre; STS 496/2018, de 23 de octubre).

Ej. Posesión de una daga árabe para exhibirla en el domicilio como curiosidad o de una navaja automática como objeto de colección frente a posesión de una navaja automática en el bolsillo de una persona que se dirige a una reunión violenta contra otro grupo.

IV. Tenencia ilícita de armas de fuego reglamentadas. Art. 564 CP

El artículo 564 CP castiga la tenencia de armas de fuego reglamentadas sin tener licencia o permiso necesario para ello. **Para concretar el objeto material se ha de acudir al artículo 3 del reglamento de armas**, donde se describen las distintas categorías de las armas de fuego. Hay que tener en cuenta que el artículo 3 del citado reglamento también incluye otras armas, como ballestas, fusiles

subacuáticos o las armas blancas, que no entrarían dentro de la descripción típica del presente artículo por no ser “arma de fuego”.

En este supuesto, **al tener el objeto material una potencialidad lesiva per se surge el peligro abstracto que la ley quiere controlar con el mero hecho de poseer un arma de fuego reglamentada con potencialidad para el disparo** y donde el poseedor carece de licencia o permiso requerido [STS 474/2004, de 13 de abril]. El arma debe encontrarse en condiciones de disparar, por lo que la prueba pericial sobre su funcionamiento resulta esencial para concretar la idoneidad del objeto material. **En caso de que se tenga un arma inutilizada o que por su antigüedad sea imposible determinar su potencialidad lesiva, estaríamos ante supuestos de objetos materiales inidóneos.**

La conducta típica se concreta con la mera detentación, posesión fáctica de un arma de fuego reglamentada sin poseer la licencia para ello. No sería necesario, como en el artículo anterior, una situación de peligro concreto, sino que el delito se consuma con la mera posesión de un arma de fuego – y por ende peligrosa – sin la preceptiva licencia.

De hecho el artículo 565 CP establece una atenuante potestativa – rebaja de un grado la pena - que pueden aplicar los jueces siempre que por las circunstancias del hecho y del culpable se evidencie la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos. Tras la restricción típica del artículo 563 CP por la STC 24/2004, esta atenuante solo será aplicable al presente artículo 564 CP, pues si concurriese esta circunstancia en el 563 CP se debería absolver por lo expuesto en la citada sentencia.

Tiene la consideración de **delito de propia mano**, por lo que aunque exista convivencia donde uno de los convivientes tiene la posesión del arma de fuego careciendo de la licencia, no se extenderá la autoría a los demás convivientes que no tuvieran una posesión compartida de la misma [STS 334/2007, de 25 de abril; 141/2016, de 25 de febrero].

Ej. En una familia de cinco miembros, todos mayores de edad, uno de los hijos adquiere un rifle, careciendo de licencia, y lo utiliza para la caza furtiva. Los demás miembros de la familia son conscientes de ello, pero no utilizan el arma.

Respecto a la habilitación legal, se ha planteado en alguna ocasión si la ausencia de la guía del arma – documento de pertenencia del arma de fuego regulado en los artículos 88 y 89 del Reglamento de armas necesario para su transporte y posesión – es constitutivo de este tipo delictivo si el autor tiene la licencia de armas. El Acuerdo de la Sala Segunda del TS de 25 de noviembre de 2008 concluyó que: *La falta de guía de pertenencia, cuando se dispone de licencia o permiso de armas, no integra el delito del art. 564 del C.P.*

b) Agravantes

El artículo 564.2 CP contempla tres circunstancias agravantes alternativas que afectan al objeto material. Se impondrá la pena de 2 a 3 años de prisión en caso de armas cortas y de 1 a 2 años en armas largas:

- i. **Cuando las armas carezcan de marcas de fábrica o de número, o los tengan alterados o borrados:** Según los artículos 28 y ss. del Reglamento de armas, cada arma de fuego comercializada debe tener una numeración

específica y un punzonado para que sea posible realizar un seguimiento del arma desde su creación y de sus transmisiones⁷⁶. El hecho de eliminar o alterar la numeración persigue evitar que el arma sea reconocible. El dolo del autor debe abarcar el conocimiento de que el arma que detenta sin licencia ha sido modificada para que no sea reconocible.

- ii. **Cuando el arma haya sido introducida ilegalmente en España:** Según la STS de 12 de mayo de 1993, en estos supuestos aumenta el peligro a la seguridad pública por la existencia de armas de fuego incontroladas en el territorio español, al haber sido introducidas de manera clandestina. Por otro lado, la importación de armas supone un delito de contrabando contemplado en el artículo 2.3.a) Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando. Si la persona que porta el arma, la ha introducido ilegalmente en el territorio se ha planteado si estaríamos ante un concurso de delitos o de normas. Parte de la doctrina, partiendo de los diferentes bienes jurídicos protegidos, plantea la compatibilidad con el concurso de delitos, de conformidad con la STS de 25 de mayo de 1990. No obstante, considero aplicable a este supuesto el acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que aunque referido al delito de tráfico de drogas y contrabando, cambió la doctrina jurisprudencial para aplicar en estos supuestos un concurso de normas de conformidad con el principio de consunción (art. 8.3 CP) (Vid. STS de 1088/1997, de 1 de diciembre). El delito de contrabando protege tanto los intereses socioeconómicos del Estado como su seguridad, en determinados tipos específicos que persiguen la importación de armas, explosivos, toxinas, etc. Coincido con CAMPANER MUÑOZ de que la solución adecuada cuando la persona **haya participado en la adquisición del bien como parte integrante del delito de contrabando y de tenencia de armas, en que la solución adecuada será la del concurso de normas para no vulnerar el *ne bis in idem***, más si cabe cuando el propio tipo penal contempla una agravante si el arma de fuego ha sido introducida ilegalmente en el territorio.
- iii. **Que hayan sido transformadas, modificando sus características originales:** Esta agravante es difícilmente entendible, pues según lo expuesto cuando a un arma de fuego se le modifican sustancialmente las características de fabricación se convierte en un arma prohibida, y se castigará por el artículo 563 CP. Parte de la doctrina interpreta que solo será de aplicación cuando la modificación no sea sustancial, pero como advierte GARCÍA ALBERO entonces no se entendería que una modificación insustancial se castigue más gravemente por la aplicación del artículo 564.2 CP que por el 563 CP.

c) Concursos

Tanto este artículo, como el precedente, suele plantear supuestos habituales de concursos, tanto de normas como de delitos. En el supuesto en

⁷⁶ Art. 28.2 Reglamento de armas. *Todas las armas de fuego y las piezas fundamentales o componentes esenciales terminados que se comercialicen por separado tendrán un marcado distintivo que incluirá el nombre o marca del fabricante, el país o lugar de fabricación y la numeración de fábrica. Igualmente éstas, así como las armas detonadoras de calibre igual o superior al.22 o su equivalente en mm dispondrán del punzonado de un Banco Oficial de Pruebas español o reconocido por España, conforme a las disposiciones del Convenio para el reconocimiento recíproco de punzones de prueba de armas de fuego portátiles de 1 de julio de 1969.*

que se poseyera un arma de fuego reglamentada, cuyas características de fabricación hubieran sido modificadas sustancialmente y existe una situación de peligro concreto, estaremos ante un concurso de normas que se inclinará a favor de la aplicación del artículo 563 CP por el principio de alternatividad (Art. 8.4 CP).

Más habituales son situaciones de concursos de delitos, donde se utilizan armas prohibidas o armas de fuego sin licencia para cometer delitos violentos contra la vida, la integridad, la libertad o el patrimonio. En estos supuestos se plantea el concurso de delitos, optando la jurisprudencia de manera habitual por el concurso real, aunque en ocasiones sea planteable el concurso medial, cuando el arma sea el medio indispensable para cometer el delito del modo en que se llevó a cabo (GARCÍA ALBERO).

La STS 410/2007, de 18 de mayo, ante un supuesto de tentativa de homicidio con una carabina del calibre 22, advierte que: Finalmente rechaza el censurante la aplicación del art. 564 CP que castiga la tenencia ilícita de armas, y ello porque el arma de fuego ya ha sido tenida en cuenta a la hora de configurar el subtipo agravado del art. 148 CP. El argumento ha de decaer porque vuelve a partir de una hipótesis inexistente y es que el delito básico cometido no es de lesiones sino de homicidio. Pero aunque se hubieran considerado los hechos como lesiones cualificadas del art. 148 CP los bienes jurídicos lesionados con la posesión del arma son diferentes y no consumen al delito de tenencia con su utilización. Los delitos se pueden cometer independientemente sin ninguna relación, porque imaginemos que el sujeto activo posee licencia de armas, en cuyo caso se cometería el delito del 148 CP pero no el del 564. De igual modo puede estar una persona en posesión ilícita del arma y no agredir a nadie.

Respecto al robo con violencia y uso de armas, véase compatibilidad de ambas figuras en la STS 2602/1993 de 20 noviembre.

Por otro lado, se ha de tener en cuenta que la posesión de varias armas de fuego reglamentadas sin licencia no constituye varios delitos, sino uno solo siempre que se realicen de manera conjunta y permanente. Si concluye la posesión ilícita, y con posterioridad se obtiene otra arma, estaríamos ante dos delitos

La STS 723/2018, de 23 de enero, aborda este supuesto desde el siguiente prisma: Recordaban las SSTS 311/2014 de 16 de abril , 467/2017 de 20 de julio o la 355/2018 de 16 de julio , que la doctrina científica y jurisprudencial considera el delito de tenencia ilícita de armas como un delito permanente, en cuanto la situación antijurídica se inicia desde que el sujeto tiene el arma en su poder y se mantiene hasta que se desprende de ella; como un delito formal, en cuanto no requiere para su consumación resultado material alguno, ni producción de daño, siquiera algún sector doctrinal prefiera hablar al respecto de un delito de peligro comunitario y abstracto, en cuanto el mismo crea un riesgo para un número indeterminado de personas, que exige como elemento objetivo una acción de tenencia (y por ello es calificado también como tipo de tenencia) que consiste en el acto positivo de tener o portar el arma. Como elemento subjetivo atinente a la culpabilidad se exige el animus possidendi , esto es, el dolo o conocimiento de que se tiene el arma, pese a la prohibición de la norma.

También algunas sentencias lo consideran un delito de tracto continuado o sucesivo, entendiendo como tales aquellos que, dada su descripción típica, vienen constituidos por varios comportamientos que, aun cuando sean diferenciables unos de otros tanto por sus circunstancias como específicamente por el aspecto temporal, no integran diversas infracciones delictivas, sino que forman conjuntamente una sola. La posesión de más de un arma de fuego no implica distintos delitos. Naturalmente hasta que, en atención a las circunstancias concurrentes,

pueda decirse que la conducta inicial ha finalizado completamente, de manera que hechos nuevos darían lugar a nuevos delitos.

V. Depósitos no autorizados de armas o municiones. Art. 566 CP

El artículo 566 CP castiga la fabricación, la tenencia y el depósito **no autorizado** por las leyes o autoridad competente de distintos tipos de armas o municiones. No obstante, este artículo se ha de poner en relación con el 567 CP, donde se incorpora una definición normativa de lo que ha de ser entendido por depósito, en función del tipo de arma al que se refiera, pero que resulta reiterativo sobre los verbos típicos, al incluir **fabricación, comercialización y tenencia**. Nos encontramos de nuevo con tipos delictivos que castigan **una actividad peligrosa** – por el objeto material que tratan – **cuando se realiza sin la autorización correspondiente**, por lo que se deberá acudir a la normativa extrapenal para analizar si el sujeto activo tiene o carece de la autorización para realizar la actividad intrínsecamente peligrosa para la seguridad colectiva. Como veremos a continuación, la pena varía en función del objeto material al que se refiere:

- **566.1. 1º CP. Armas o munición de guerra, armas químicas, biológicas, nucleares, radiológicas, minas antipersonas o municiones de racimo:** Para interpretar el objeto material se ha de acudir al artículo 6 del Reglamento de armas – respecto de las armas de fuego – y a los convenios internacionales ratificados por España respecto a los otros tipos de armas⁷⁷. Por depósito, según el artículo 567 CP se ha de entender la fabricación, la comercialización o la tenencia, especificándose que respecto a las armas de guerra, la comercialización incluye tanto la adquisición como la enajenación. El concepto de depósito, según la jurisprudencia tradicional, se ha de entender como la tenencia con un propósito de retener, guardar o custodiar con cierta permanencia. En el CP anterior al de 1995 se exigía para considerar depósito de armas de guerra la reunión de tres o más armas (art. 259 CP 1973- STS 392/2013, de 16 de mayo). No obstante, la actual redacción no lo exige, por lo que el depósito se equipara con la tenencia, siendo suficiente la de una única arma de guerra, biológica, ..., para que el concepto normativo se complete respecto de estos objetos materiales. La pena en estos supuestos es de 5 a 10 años para los promotores y organizadores y de 3 a 5 años de prisión para quienes hayan cooperado en su formación.

⁷⁷ Convención de París de 13 de enero de 1993, sobre prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción (ratificado por Instrumento de 22 de julio de 1994); Convenio sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción, hecho en Londres, Moscú y Washington el 10 de abril de 1972 (ratificado por Instrumento de 1 de junio de 1979); Convención de 18 de septiembre de 1997 (Tratado de Ottawa) sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonas y sobre su destrucción; Convención sobre municiones de racimo, hecha en Dublín el 30 de mayo de 2008 (ratificada por Instrumento de 8 de junio de 2009); Tratado sobre el comercio de armas, hecho en Nueva York el 2 de abril de 2013 (BOE de 31 de octubre de 2014).

- **566.1.2° CP. Armas de fuego reglamentadas o municiones:** En este supuesto se considera depósito ex artículo 567.3 CP la fabricación, comercialización o reunión de cinco o más de dichas armas, aun cuando se hallen en piezas desmontadas. Por lo tanto, para este tipo de armas, se exige un número mínimo para considerar que existe depósito - que incluye la comercialización o la fabricación - . No obstante, e incomprensiblemente, el artículo 566 CP también incluye de manera autónoma los verbos fabricar y comercializar, junto al depósito, sin exigir en estos casos un mínimo de armas, por lo que la comercialización o fabricación de armas de fuego, en número inferior a 5, también quedaría penada por aplicación de este artículo. Respecto a las municiones, según el artículo 567.4 CP, serán los jueces o tribunales los que teniendo en cuenta la cantidad o la clase, valorarán las circunstancias y decidirán si constituye o no depósito. Este tipo de redacción vulnera, en mi opinión, el principio de taxatividad pues es imposible que un ciudadano pueda saber, con la suficiente certeza y antelación, si la tenencia de munición - pongamos que tiene 300 cartuchos del 12 - es o no delito (salvo la munición para armas de más de 20 mm, que según el artículo 6 del Reglamento de armas serán considerados como armas de guerra). No puede tipificarse un delito con una referencia directa a la valoración de los jueces, pues ello infringe los principios más elementales del Derecho penal. La pena en estos supuestos es de 2 a 4 años para los promotores y organizadores y de 6 meses a 2 años de prisión para quienes hayan cooperado en su formación.

El legislador ha olvidado incluir las armas prohibidas en este apartado, algo que ha sido advertido por la doctrina desde hace tiempo (GARCÍA ALBERO), y que impediría incluir este tipo de armas por analogía y castigar las conductas típicas del artículo 566 CP respecto de las armas prohibidas.

a) **Elemento subjetivo**

El tipo penal no exige un elemento subjetivo específico, no se tiene que haber establecido el depósito con fines subversivos o antisociales, sino que el dolo de esta figura se completa con el conocimiento de que se ha constituido un depósito, la naturaleza del arma y que esta tiene idoneidad lesiva y la ausencia de autorización para poseerla lícitamente (STS 50/2001, de 22 de enero).

b) **Sujeto activo**

Aunque el tipo penal comience con un plural “los que”, la jurisprudencia ha interpretado que ello no significa que la figura criminal exija una pluralidad de participantes para su consumación y nada impediría que una única persona, constituya, organice o custodie un depósito de armas (SAN 50/2001, de 22 de enero).

La autoría requiere que las armas se encuentren en la esfera del dominio fáctico del sujeto activo. Será el promotor u organizador si se ocupa de constituir el depósito y organizarlo con una finalidad concreta. La participación se

encuentra específicamente contemplada en el artículo, por lo que a los cooperadores se les impondrá la pena correspondiente, sin aplicar las reglas penológicas generales de la participación.

VI. Tenencia o depósito de sustancia o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiante. Art. 568 CP.

Este artículo sigue protegiendo la seguridad colectiva, por lo que lo expuesto en los artículos anteriores en relación al bien jurídico y tipo de delito – peligro abstracto y mera actividad, es aplicable al presente. Lo que cambia es el objeto material, que se circunscribe a materiales peligrosos que pueden ocasionar explosiones, incendios o estragos, y que por ello es necesario obtener una autorización para su depósito, tenencia, fabricación, tráfico y transporte. Para concretar el objeto material se tiene que acudir de nuevo a la legislación extrapenal, en concreto al RD 230/1998, de 16 de febrero, que aprueba el Reglamento de Explosivos y al RD 563/2010, de 7 de mayo, que aprueba el Reglamento de artículos pirotécnicos y cartuchería. La jurisprudencia ha restringido el objeto material exigiendo que las sustancia o aparatos explosivos tengan cierta consistencia y potencia, y que sean idóneos para poner en riesgo de peligro a la colectividad (STS 878/2001, de 18 de mayo).

Se consuma con la mera tenencia de explosivos, sin que sea necesario que se lleve a cabo un resultado dañoso, ni que exista un elemento teleológico concreto para la realización del hecho típico. Con el conocimiento de la tenencia ilícita de materiales explosivos peligrosos y voluntad de posesión se consuma este tipo delictivo.

El artículo vuelve a distinguir entre promotores, organizadores y cooperadores, siendo aplicable lo expuesto en el apartado anterior.

VII. Concursos

Es habitual en supuesto donde se han producido explosiones, incendios o estragos plantear si además de por el delito de resultado concreto, se habrá de castigar por la tenencia previa de los materiales explosivos. La jurisprudencia ha admitido, en supuestos de progresión delictiva, la absorción del delito de peligro por el de resultado, cuando la tenencia de los explosivos constituya una fase previa necesaria para la comisión del delito de resultado y su tenencia ha sido fugaz y efímera y preordenada a la finalidad principal de causar el destrozo. No obstante, cuando ha existido un depósito con sustantividad propia, la jurisprudencia se inclina por castigar ambas figuras en concurso medial.

STS 137/2019, de 12 de marzo: Siendo así -como precisa la STS. 1282/2011 de 23.11 - la relación entre el delito de tenencia de explosivos y el delito de daños no puede explicarse, siempre y en todo caso, a partir del principio de especialidad o como fenómeno de progresión delictiva, como señala la sentencia recurrida. Esta solución conduciría a la paradójica consecuencia de privilegiar al delincuente que no se limitara a custodiar los explosivos sino que, además, los utilizara con un fin destructivo. El desvalor de la conducta descrita en el art. 266.1 del CP no agota el riesgo inherente a la previa tenencia de explosivos, sancionada en el art. 568 del CP. Además, no toda relación entre

el delito de riesgo y el delito de daños ha de ser resuelta conforme a un criterio de progresión delictiva en la que el delito de resultado desplaza la aplicación del delito de riesgo. De hecho, nuestro sistema penal no olvida en algunos supuestos la fijación de una específica regla concursal que impide ese contraproducente efecto (cfr. art. 382 CP).

Pese a todo, se destacan en la jurisprudencia casos en los que el delito de tenencia de explosivos del art. 568 del CP no llegará a adquirir autonomía típica, siendo consumido por el delito de resultado de daños. Así serán aquellos casos, en que partiendo de que el delito de tenencia de explosivos es un delito de simple actividad y peligro abstracto y consumación anticipada, porque no exige la deflagración del artefacto, bastando la tenencia con tal finalidad, de suerte que la explosión de los mismos podría dar lugar a un delito de estragos, art. 346 CP, o de incendio, art. 351 CP. infracciones más gravemente penadas que el delito de tenencia explosivos. En estos casos, la posesión de una sustancia o aparato explosivo que luego se utiliza totalmente, produciéndose la correspondiente explosión y los consiguientes daños, entonces el delito consumado de estragos o incendio aparece como una progresión en la acción criminal iniciada por la tenencia de explosivos y vendría, de este modo a constituir la última fase en la progresión delictiva. En tal caso -dicen las STS 144/2011, de 7-3, 304/2012, de 24-4 - la tenencia de explosivos quedará absorbida por el delito de resultado -estragos o incendio- consumado más grave-. E incluso se señalan supuestos en que el delito de tenencia de explosivos puede ser subsumido por el delito de resultado de daños mediante explosivos del art. 266.1 CP, serán supuestos en los que la detentación de los explosivos sea inmediatamente anterior a su utilización para provocar el efecto de destrucción. Y es que son imaginables casos en los que el riesgo derivado de la posesión de los explosivos solo adquiera un significado efímero fugaz, preordenado -y por tanto absorbido por la finalidad principal de ocasionar el destrozo.

Pero estos últimos casos son aquellos en que la detentación -que ni siquiera posesión- ha sido fugaz, instantánea, efímera y sin disponibilidad material o potencial. En esos casos se aplicará el delito de daños, pero no porque subsuma al delito de tenencia de explosivos, sino simple y llanamente porque éste no ha alcanzado dimensión típica. Y desde luego, aunque la posesión sea efímera o fugaz, no puede dejar de contemplarse el delito de riesgo si se ha tenido la disposición material o potencial, que sin duda concurrirá en quien coloca el explosivo, compra sus componentes o lo fabrica, por descender algunos ejemplos prácticos".

VIII. Ilícitud de asociaciones y disolución

Expresamente se contempla en el **artículo 569 CP** que las asociaciones que establezcan depósitos de armas, municiones o explosivos con un propósito delictivo serán **consideradas ilícitas y disueltas por la autoridad judicial**. Como ya se ha visto, esta pena accesoria se contempla para las organizaciones, grupos criminales y asociaciones ilícitas, por lo que su inclusión expresa resulta reiterativa.

IX. Supuestos prácticos

1) Jaime adquiere por internet una katana de colección y la expone en una vitrina de su casa. Algunas noches, sale con la katana al cinto para vigilar la seguridad de su barrio y en varias ocasiones la ha blandido para disolver altercados de jóvenes.

2) Rosa no tiene licencia de armas de fuego, pero al morir su padre hereda el revólver que este tenía. Una noche, harta de que un compañero de trabajo le quite los mejores casos, va a su casa y al abrir la puerta le dispara un tiro. A consecuencia del tiro, el compañero de trabajo perdió un riñón, pero se le pudo salvar la vida por la rápida intervención de los servicios de urgencia.

3) Pedro adquiere una pistola de fogueo por miedo a los robos. En su casa, la modifica para que pueda disparar balas. Una noche, lo despiertan en su casa dos atracadores. Lo llevan a golpes al salón, donde ya estaba su mujer y le amenazan con matarla si no les da el dinero que tiene en la caja fuerte. Pedro va a la caja fuerte, saca su arma modificada y para defenderse y salvar la vida de su mujer dispara contra los atracadores, matando a uno e hiriendo a otro en el muslo.

4) Juan, cazador con licencia de escopeta y rifle, aprovechando un saldo de una armería, compra 3.500 cartuchos para guardarlos en su casa e ir utilizándolos poco a poco.

5) Rosa adquiere 5 kilos de dinamita en el mercado negro. Un mes después, la utiliza para destrozarse un local que le hacía la competencia a su negocio. La explosión no causó víctimas, pero sí cuantiosos daños materiales.