

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SERGIO CÁMARA ARROYO

Profesor contratado doctor de Derecho Penal y Criminología
UNED

ARTÍCULO 2.2 CP

Principio de legalidad. Abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años: aplicación retroactiva de la LO 10/2022, aplicación de la pena en su mínima extensión, que ahora pasa de 12 años a 10

La entrada en vigor el pasado mes de octubre de la reforma operada por efecto de la LO 10/2022 de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, que ha dotado de nueva configuración y regulación al Título VIII del Libro II CP, nos obliga a efectuar la comparación normativa a efectos de determinar si la nueva regulación resultara más beneficiosa al condenado, pues de ser así, por aplicación del artículo 2.2 CP habrá de serle retroactivamente aplicable.

1. Esta Sala ha consolidado un cuerpo de doctrina para supuestos de sucesión normativa, según el cual el cotejo debe hacerse comparando en bloque ambos esquemas normativos, pues solo así puede detectarse que régimen resulta más beneficioso. Como decíamos en la STS 107/2018, de 5 de marzo, «No es posible una fragmentación que permitiera escoger aspectos puntuales de una y otra versión, pues solo en su conjunto, a modo de un puzzle de piezas que encajan milimétricamente, el texto legal adquiere su propia sustantividad». O en palabras que tomamos de la STS 630/2010, de 29 de junio, «En otros términos los elementos de comparación no se limitan a la consideración de hecho delictivo en una y otra norma, sino a todos los presupuestos de aplicación de la Ley penal». Ahora bien, la elevada penalidad que acompaña a la modalidad delictiva aplicada en este caso, y la mayor afflictividad que deriva de las penas privativas de libertad frente a las que limitan otros derechos, focaliza sobre aquellas el principal elemento comparación.

De otro lado, la comparación hemos de abordarla a partir de la penalidad impuesta, pues no nos corresponde ahora como Sala de casación efectuar una nueva determinación de la pena emitiendo un juicio de proporcionalidad en atención a la gravedad de la culpabilidad y la ponderación de las circunstancias que permitan detectar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos. El control en casación de la corrección de la pena aplicada se contrae a la comprobación de la existencia de un razonamiento en relación a los factores expuestos y que éste no ha sido arbitrario.

2. En este caso el Tribunal de instancia determinó la pena privativa de libertad que impuso en el mínimo legal. y lo hizo sin mayor argumentación que su vinculación con la petición Fiscal.

En general la opción por el umbral de la pena desvanece cualquier efecto que pudiera entenderse anudado a un supuesto déficit motivador sobre la materia, pues si bien hemos señalado que es imprescindible expresar en la sentencia las razones individualizadoras, ese esfuerzo argumentativo es proporcional al grado de discrecionalidad, y más exigente a medida que la opción del Tribunal se aleje del mínimo legal.

Buena muestra de que la defensa del acusado no vio cercenada la garantía de tutela judicial efectiva en este aspecto, la encontramos en el contenido del recurso planteado. Aunque el mismo denunció déficit de motivación tanto en la apelación como en el segundo de los motivos del de casación que ahora resolvemos, en ningún caso proyectó el mismo sobre la cantidad de pena, simplemente porque a partir de la tipicidad aplicada, aquella no podía modularse a la baja.

De otro lado, tampoco era imprescindible un especial esfuerzo argumentativo, toda vez que el Tribunal sentenciador se encontraba con el techo que impone el principio acusatorio, y el Fiscal, única acusación interviniente en el proceso, se decantó en sus conclusiones por solicitar la pena mínima.

Partiendo de tales premisas, queda claro que una vez sentada la tipicidad aplicable, todos los intervinientes en el proceso, desde sus respectivas ópticas, descartaron razones que justificaran una penalidad que rebasara el mínimo legal. y esa conclusión nos obliga ahora a efectuar esa comparación normativa, precisamente a partir de ese límite mínimo de la pena privativa de libertad.

3. Los hechos declarados probados encajan ahora sin margen de discusión en el nuevo artículo 181.1, 2 y 3 segundo inciso CP, con una penalidad que oscila entre los 10 y los 15 años de prisión. Tal y como ha argumentado el Fiscal en el traslado que se le ha conferido al efecto, la pena de 12 años es también ahora imponible, lo que abocaría a su inmodificabilidad en el caso de que el Tribunal de instancia hubiera ejercido su arbitrio elevando la pena por encima de su umbral. Pero no fue así, por lo que la disminución en el límite mínimo por el que en su momento se decantaron, no solo la acusación, sino también el Tribunal sin objetar razones que según su criterio justificaran un mayor reproche traducido en cantidad de pena, determinan, como ha solicitado la parte recurrente, la aplicación retroactiva de la nueva norma fijando ahora la pena en 10 años de prisión. El resultado de la confrontación normativa se perfila con nitidez, toda vez que el relato de hechos probados no describe lesiones que pudieran determinar su punición independiente ex actual artículo 194 bis, por más que esta sea una cuestión no exenta de matices que no es el momento de abordar.

No procede variar la pena de inhabilitación impuesta, pues en los términos en que aparece fijada se corresponde con el mínimo imponible con la actual redacción del artículo 192.3 CP. Ni tampoco la libertad vigilada impuesta en aplicación del artículo 192.1 CP cuya redacción no ha variado.

(STS 987/2022, de 21 diciembre)

ARTÍCULO 48 CP

Prohibición de que el reo vuelva al lugar del delito: la consideración de lugar de comisión del delito a los efectos del artículo 48 CP, no solo se refiere a los lugares o espacios físicos, sino también los espacios virtuales de encuentro y comunicación que se crean en Internet; la pena accesoria de prohibición de acudir al lugar del delito

relativa al cierre del canal de YouTube donde se cometió el atentado a la integridad moral de la víctima y la prohibición de crear otros durante cinco años, no es una pena desproporcionada o extensiva de la prevista en el artículo 48.1 CP.

[...] La anulación por la Audiencia Provincial de la pena impuesta por el Juzgado de lo Penal –prohibición al acusado de acudir al lugar del delito, esto es, la red social de YouTube por 5 años, lo que implica el cierre por este tiempo de su canal, no pudiendo crear otros durante este tiempo– se justifica en la sentencia recurrida con el argumento de que el artículo 48.1 CP no ampara la pena impuesta. Esa pena, si bien se mira, no recoge una pena distinta de la prohibición de residencia o aproximación a un lugar concreto y este precepto –razona la Audiencia Provincial– no puede interpretarse extensiva ni analógicamente en contra del reo para sustentar la prohibición de la acceder a la red social YouTube.

En su recurso contra la anulación de esa pena el Fiscal hace valer la idea de que la exclusión de la pena accesoria pretendida sólo puede responder a la consideración de que la privación del derecho a acudir a determinados lugares en que se haya cometido el delito, plasmada en el artículo 48.1 únicamente comprende lugares físicos, no espacios digitales o virtuales.

La cuestión, por tanto, se debe reconducir a si puede tener la consideración de «lugar de comisión del delito», a los efectos del artículo 48 CP, no sólo los lugares o espacios físicos sino también los espacios virtuales de encuentro y comunicación que se crean en Internet.

El Fiscal descarta esa interpretación extensiva a partir de una interpretación gramatical que la Sala tiene que hacer necesariamente suya.

En efecto, partiendo de la definición ofrecida por la Real Academia de la Lengua para el término «lugar», la primera acepción que se recoge es la de «espacio ocupado o que puede ser ocupado por un cuerpo cualquiera». Dado que la propia Academia define «cuerpo» como «aquello que tiene extensión limitada perceptible por los sentidos», habrá que concluir indefectiblemente que como lugar cabría entender cualquier espacio susceptible de ser ocupado por algo de extensión limitada y perceptible con los sentidos. Así pues, un espacio de reunión como puede ser un foro, chat o red social puede tener cabida en la primera de las acepciones gramaticales del vocablo «lugar», en tanto que la participación de individuos y la aportación de sus contenidos ocupa el espacio limitado de que tal foro o red dispone, limitando a su vez la disponibilidad del mismo para que pueda ser ocupado por otros individuos y sus respectivos contenidos, de tal manera que el compendio de la participación de cada uno de los sujetos constituye el «cuerpo» perceptible evidentemente por todos los demás que participan en el mismo espacio, cumplimentando con ello la definición académica.

Esta primera aproximación al significado gramatical de lo que por lugar del delito debe entenderse, ve reforzado su valor interpretativo por lo dispuesto por el artículo 214 CP que, al regular los efectos de la retractación del acusado en los delitos de injuria y calumnia, se refiere a «espacios» de difusión, no a espacios geográficos excluyentes.

Tiene también razón el Fiscal cuando apunta que, en términos estrictamente gramaticales, aun acudiendo a la segunda acepción del vocablo «lugar», sigue sin existir esa vinculación geográfica que ha llevado a la Audiencia a anular la pena impuesta. Conforme a esta segunda acepción se define el «lugar» como «sitio o paraje». Nótese que el vocablo «sitio» es de uso generalizado para referirse a ubicaciones de contenidos en Internet. Por si fuera poco, la propia definición de la RAE de la voz «sitio» vuelve a remitir a lo antes dicho, esto es, «espacio que es ocupado o puede serlo por algo», añadiendo en su segunda acepción «lugar o terreno determinado que es a propósito para algo».

No es hasta la tercera y cuarta acepción de «lugar» cuando nos encontramos con la necesidad de vincular material y geográficamente el concepto, en tanto se nos define como «ciudad, villa o aldea» «población pequeña, menor que villa y mayor que aldea», definiciones de carácter tan limitado que no pueden tener cabida como referente en el concepto jurídico del lugar que emplea el artículo 48.1 CP puesto que, conforme a ellos no podría entenderse como «lugar», por ejemplo, cualquier extensión territorial de ámbito mayor al de una ciudad.

En definitiva, descartadas por su restrictivo significado estas dos últimas definiciones, debemos concluir que la interpretación del «lugar» que delimita un espacio de ejecución no la ofrecen las dos primeras acepciones académicas, las cuales, con arreglo a lo expuesto, no excluyen espacios o ubicaciones sin vinculación territorial o geográfica en tanto sean susceptibles de ser ocupados por contenidos de extensión limitada.

3. La Sala no puede identificarse con una concepción histórica del lugar de ejecución del delito que sólo entiende por tal un espacio físico, geográfico y perfectamente perceptible por los sentidos. El delito en su forma más convencional convive ahora con nuevas formas de ciberdelincuencia en las que su ejecución se desarrolla enteramente en redes telemáticas que, por definición, no son inmovilizables en un espacio físico perfectamente definible.

El ciberespacio ofrece un marco digital diferenciado de la realidad puramente física como espacio del delito. La experiencia más reciente enseña que las redes sociales no son sólo el instrumento para la comisión de algunos delitos de muy distinta naturaleza. Pueden ser también el escenario en el que el delito se comete, ya sea durante todo su desarrollo, ya en la ejecución de sólo algunos de los elementos del tipo.

Esta idea aparece recogida en algunas de los textos legislativos que han tenido que hacer frente a este fenómeno que aspira a desbordar los esquemas analíticos más convencionales. Es el caso, por ejemplo, de la reforma de la LECrim operada por la LO 13/2015 de 5 de octubre. En su artículo 588 ter, al regular los presupuestos que han de concurrir para la autorización judicial de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, se refiere a «los delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicios de comunicación».

También hemos aludido en la STS 4/2017, 18 de enero –citada por el Fiscal– a la necesidad de tener en cuenta que «...la extensión actual de las nuevas tecnologías al servicio de la comunicación intensifica de forma exponencial el daño de afirmaciones o mensajes que, en otro momento, podían haber limitado sus perniciosos efectos a un reducido y seleccionado grupo de destinatarios. Quien hoy incita a la violencia en una red social sabe que su mensaje se incorpora a las redes telemáticas con vocación de perpetuidad. Además, carece de control sobre su zigzagueante difusión, pues desde que ese mensaje llega a manos de su destinatario éste puede multiplicar su impacto mediante sucesivos y renovados actos de transmisión. Los modelos comunicativos clásicos implicaban una limitación en los efectos nocivos de todo delito que hoy, sin embargo, está ausente. Este dato, ligado al inevitable recorrido transnacional de esos mensajes, ha de ser tenido en cuenta en el momento de ponderar el impacto de los enunciados y mensajes que han de ser sometidos a valoración jurídico-penal».

En definitiva, la Sala no detecta una interpretación contra reo del artículo 48 CP cuando la primera sentencia de instancia considera que un delito como el reflejado en el relato de hechos probados puede entenderse cometido en Internet y es susceptible de generar la prohibición de volver a acceder a la red social en la que ese delito se ideó, se desarrolló y se divulgó.

4. Con el fin de respaldar la viabilidad de su recurso y excluir cualquier atisbo de quiebra del principio de proporcionalidad en la respuesta inicial del Juzgado de lo

penal, el Fiscal recuerda –con razón– que la finalidad de las penas accesorias a que se refiere el artículo 48 CP no responde a una pretensión del legislador de incrementar la gravosidad de la situación del condenado ni menos aún su control social o inculcación. Al contrario, y como es manifiesto de la propia lectura del precepto y de su exacta ubicación sistemática –junto con las privaciones del derecho a residir o acudir al lugar en que resida la víctima o su familia (art. 48.1 CP) y las prohibiciones de aproximarse o comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas (art. 48.2 y 48.3 CP)– la finalidad de la privación es la de proteger a las víctimas directas del delito de la victimización secundaria derivada del posible encuentro con el autor del delito y, fundamentalmente, excluir el riesgo de que se puedan llegar a verificar nuevas lesiones en los bienes jurídicos protegidos de éstas o de terceros. Siendo ésta la finalidad atribuida por el legislador a la privación del derecho a acudir a determinados lugares, la consideración de que tales lugares dan cabida a los espacios virtuales en que el delito haya sido cometido en modo alguno implica separarse de la finalidad prevista: tal privación impide la reiteración de la conducta lesiva para el bien jurídico en cada caso protegido, ya sean bienes jurídicos personalísimos –como puede suceder en los delitos contra el honor, la intimidad o la integridad moral cometidos en redes, foros o páginas de Internet– o bienes jurídicos colectivos como puede suceder en los delitos de terrorismo en relación al adoctrinamiento o captación, enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo o delitos relacionados con la distribución de pornografía infantil–.

En el caso presente, además, la privación de derechos se ha impuesto de forma limitada y ceñida al lugar de comisión del delito, esto es, la red, foro o plataforma concreta en la que se habría producido la distribución del material. Hablamos de la red social YouTube. La limitación a su acceso no supone una afectación desproporcionada a las facultades del individuo, como podría resultar de la imposición general de una pena que consista en la prohibición de acceso a internet, bien de forma genérica o bien en forma de prohibición de contratar con empresas proveedoras de acceso a internet.

Esta obligada referencia al principio de proporcionalidad permite a la Sala dejar constancia de que la prohibición de acudir al lugar del delito, impuesta al amparo del artículo 48 CP, representa una de las distintas posibilidades que ofrece nuestro sistema para excluir el riesgo de nuevas ofensas, en el presente caso, a la dignidad de terceros. Pero no es, desde luego, la única. Podría incluso decirse que existen fórmulas alternativas que aliviarían el esfuerzo de interpretación desplegado por el Fiscal en su recurso para demostrar que el lugar del delito no tiene que identificarse con un espacio necesariamente ubicable en una realidad física. De hecho, entre las penas accesorias que autoriza el artículo 56 CP, se prevé la posibilidad de imposición de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de una profesión y oficio, facultando al Tribunal a «...restringir la inhabilitación a determinadas actividades o funciones de la profesión u oficio» (art. 45 CP). Se da la circunstancia de que el relato de hechos probados proclama que Cirilo «...se convirtió en un conocido “Youtuber”, nombre con el que coloquialmente se designa a personas que comparten vídeos en su canal de la red social y hacen del mismo un medio de vida con la obtención de cuantiosos ingresos derivados de la publicidad que se inserta en el mismo por la empresa que administra la red social y que se calculan en función del número de seguidores y del número de visualizaciones que tienen los contenidos audiovisuales difundidos» .

Tampoco es descartable, una vez verificado el oportuno juicio de proporcionalidad, considerar que el canal de YouTube, mediante el que se hacía posible la difusión de las lacerantes imágenes captadas por el acusado, pueda ser considerado como un instrumento del delito y, por tanto, sometido al decomiso previsto en el artículo 127.1 CP.

(STS 547/2022, de 2 junio)

ARTÍCULO 89.1 CP

Expulsión de extranjero: la audiencia del condenado, parte del derecho de defensa, es preciso que tenga lugar en términos que, de forma clara e inequívoca, le permitan de manera adecuada exponer sus razones en favor o en contra de la expulsión en sustitución de la pena, pudiéndose hacer en sentencia o una vez declarada su firmeza con audiencia del Fiscal y de las demás partes

La posibilidad de sustitución de la pena por expulsión del territorio español está contemplada en el artículo 89 CP comprendido como forma sustitutiva de la ejecución de las penas privativas de libertad dentro del Capítulo III del Título III CP. No es propiamente una pena impuesta sino una conmutación en su forma de ejecución.

El artículo 89.3 CP dispone que «El juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena». De esta forma establece la posibilidad de que la cuestión sea resuelta en sentencia tras la celebración del juicio, en el que lógicamente habrá sido oído sobre todas y cada una de las pretensiones formuladas por las acusaciones y habrá podido aportar las pruebas y efectuar las alegaciones en su descargo que haya estimado oportunas. Ello no obstante, el citado precepto admite la posibilidad de ejecutar este trámite tras la firmeza de la sentencia, en ejecución de la misma si no fuera posible resolver sobre la sustitución en la propia sentencia, en cuyo caso es preceptiva la previa audiencia del Fiscal y de las demás partes.

En todo caso, cualquiera que sea el momento en que se decida sobre la sustitución, la audiencia del acusado no es un trámite meramente formal. Como señala la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 242/1994, de 20 de julio, «es preciso que la audiencia tenga lugar en términos que, de forma clara e inequívoca, permitan a este requisito alcanzar la finalidad descrita. y por esa razón, en este supuesto no cabe argumentar sólo sobre la base, más flexible, del artículo 24 CE (valorando si el afectado tuvo o no una ocasión de defenderse al respecto). Es preciso comprobar si, además de ello, se le ofreció una oportunidad adecuada de exponer sus razones en favor o en contra de la expulsión, lo que otorga al derecho de audiencia una extensión material que sobrepasa el marco del artículo 24 CE para introducirse en el ámbito de salvaguardia de la efectiva de otro derecho, constitucionalmente relevante, del ciudadano extranjero (el del art. 19 CE, en conexión con el art. 13 PIDCP)».

En el mismo sentido nos pronunciábamos en la sentencia núm. 6/2018, de 10 de enero, en la que con remisión a reiteradas resoluciones de esta Sala (SSTS de 8 de Julio de 2004, 24 de Octubre de 2005, 24 de Julio de 2006, 25 de enero y 18 de Julio de 2007; 531/2010, de 04/06, entre otras) recordábamos que «no resulta posible una aplicación mecánica del mencionado precepto, en lo que supone de automatismo contrario a los principios constitucionales rectores de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el acusatorio o el de contradicción, y derechos también esenciales cuales los de audiencia, defensa o motivación de las decisiones judiciales, de modo que la medida sustitutiva, prevista en el artículo 89.1 CP, sólo puede ser aplicada, previa solicitud de la Acusación, tras el oportuno debate, posibilitando las alegaciones de la Defensa y con una fundamentación adecuada a las circunstancias concretas del caso».

El apartado 1 del artículo 89 CP en su redacción actual, conforme a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, dispone que «Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español».

El precepto impone por tanto al Juez, con carácter general, la obligación de sustituir la pena de prisión impuesta superior al año e inferior a cinco años por la expulsión del territorio español.

Sin embargo, a continuación, en los apartados siguientes recoge una serie de supuestos que suponen una excepción a la regla general.

Así, en el mismo apartado prevé de forma excepcional la posibilidad de acordar la ejecución de una parte de la pena, que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito.

El apartado 2 exige la ejecución de todo o parte de la pena para penas superiores a cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, en la medida que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, disponiendo la sustitución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.

El apartado 4 excluye la sustitución de la pena por expulsión cuando esta aparezca desproporcionada. Se prevé también la expulsión de ciudadanos de la Unión Europea y de extranjeros residentes en España durante los diez años anteriores únicamente cuando concurran determinadas circunstancias.

Igualmente, como hemos visto, el precepto comentado exige que la resolución se adopte, bien en sentencia tras la celebración del juicio, bien en un trámite posterior, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las demás partes del proceso.

Tal previsión es acorde con los requisitos que esta Sala ha venido estableciendo, atendiendo a su vez a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional, matizando el pretendido automatismo del legislador, admitiendo que se pueda denegar la sustitución cuando vulnere los derechos fundamentales del condenado. Ello exige que, para resolver sobre la sustitución, se cumplan los cánones esenciales constitucionalmente consagrados de audiencia, contradicción, proporcionalidad y suficiente motivación (STC 203/97, de 25 de noviembre y SSTs 588/2012, de 29 de junio; 1027/2009, de 22 de octubre; 165/09, de 19 de febrero; 35/07, de 25 de enero; 832/06, de 24 de julio; 274/06, de 3 de marzo; 710/2005, de 7 de junio; 514/05, de 22 de abril; y 901/04, de 8 de julio).

Cuarto. Como ya hemos expresado en el anterior fundamento, el derecho de audiencia o derecho a ser oído en relación a la expulsión del extranjero consiste en que éste haya podido expresar al Tribunal su punto de vista respecto de la expulsión solicitada por el Fiscal en sus conclusiones definitivas. Íntimamente ligado al mismo, el principio de contradicción implica que su Defensa haya tenido la posibilidad procesal de oponerse a tal pretensión y de ejercer el derecho a la prueba.

La audiencia al penado y el respeto al principio de contradicción en la decisión sobre expulsión del territorio nacional, ya se considere ésta como consecuencia jurídica del delito o como forma de ejecución de la pena, forman parte del derecho de defensa del penado.

Señala el Tribunal Constitucional (STC 242/1994, de 20 de julio) que, para lograr la adecuada ponderación, y la salvaguardia de valores relevantes que puedan estar en juego, la audiencia del extranjero potencialmente sometido a la medida de expulsión resulta fundamental. Sólo con ella es posible exponer, discutir y analizar el conjunto de circunstancias en que la expulsión ha de producirse. Por esa razón se hace preciso que la audiencia tenga lugar en términos que, de forma clara e inequívoca, permitan a este requisito alcanzar la finalidad descrita.

La proporcionalidad de la medida es exigida en el apartado 4 del artículo 89 CP. Como antes se expresaba, el mismo establece la necesidad de que el juez realice un juicio de proporcionalidad, disponiendo que no procederá la expulsión cuando resulte desproporcionada.

Prevé también los criterios de valoración de la proporcionalidad de la medida, debiéndose estar a las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular a su arraigo en España.

Ello coincide con los factores que venían siendo exigidos por la jurisprudencia de esta Sala para resolver sobre la procedencia de la sustitución. Entre estos factores resulta esencial el arraigo del penado. Para que pueda ser sustituida la pena de prisión por la expulsión, el ciudadano extranjero debe de carecer de arraigo en España. Junto a él deben ser contemplados otros factores tales como las circunstancias personales, familiares y laborales del penado, la duración de la pena y tipo de delito por el que ha sido condenado, necesidad de cumplimiento para impedir generar situaciones de impunidad, la posibilidad de reinserción del penado mediante la suspensión con imposición de obligaciones o prestaciones comunitarias en el caso de delitos menos graves o penas de corta duración, y la situación político/social del país de origen del penado y posibles riesgos para su persona en caso de regreso al mismo.

Por último, en relación a la motivación de la resolución sobre expulsión, el Tribunal Constitucional destaca (STC 29/2017, de 27 de febrero) que «el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), en su faceta de derecho a obtener una resolución judicial motivada y fundada en Derecho que no esté incurrida en arbitrariedad, irracionalidad o error patente, alcanza también a la eficacia probatoria que los medios de prueba, de modo tal que es necesario que los órganos judiciales especifiquen el discurso que enlaza la actividad probatoria con el relato fáctico resultante y que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión (así, STC 9/2015, de 2 de febrero, FJ 3).

Por otra parte, también el Tribunal ha reiterado, específicamente en lo que se refiere a las alegaciones en vía judicial sobre la existencia de arraigo social y familiar respecto de aquellas instituciones que implican directa o indirectamente la salida del territorio nacional, que deben ser ponderadas tanto por la Administración como por los órganos judiciales en vía de recurso «al estar en juego el derecho a la intimidad familiar (artículo 18 CE), junto al de protección social, económica y jurídica de la familia (artículo 39 CE) en relación al mandato del artículo 10.2 de la Constitución Española, así como el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, de derechos del niño».

Quinto. En el caso de autos, la cuestión que se suscita es, si no habiendo comparecido el acusado al acto del Juicio Oral de forma voluntaria, y habiéndose celebrado el juicio en su ausencia, podía el Tribunal decidir sobre la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio español, dando por precluido el trámite de audiencia.

Examinando las actuaciones *ex* artículo 899 de la LECrim, podemos comprobar que nos encontramos ante un juicio rápido que fue incoado el mismo día en el que el acusado, entonces detenido, pasó a disposición judicial, siendo informado de sus derechos y acogiéndose a su derecho a no declarar. El mismo día se dictó auto de apertura de juicio oral en el que, además de decretarse la libertad del acusado, se requería al Ministerio Fiscal la presentación inmediata de su escrito de acusación del que se acordaba dar traslado a la defensa para que formulara también sus conclusiones y se fijaba el señalamiento para la celebración del juicio. El Ministerio Fiscal presentó ese mismo día escrito de conclusiones provisionales en el que solicitaba expresamente que le fuera impuesta una pena de prisión en extensión de un año y seis meses y que la misma fuera sustituida por la expulsión del acusado del territorio espa-

ñol y prohibición de entrada en España durante cinco años conforme a lo previsto en el artículo 89 CP. Finalmente, también ese mismo día el acusado quedó citado personalmente para el acto del juicio oral y se le notificó, también personalmente, el auto de apertura de juicio oral del que se le entregó copia, confiriéndole asimismo traslado de la calificación del Ministerio Fiscal. Por último, se le hizo saber que su ausencia injustificada en el acto del juicio no impediría su celebración.

Consta también en las actuaciones que el acusado estuvo asistido de intérprete de urdú.

El juicio oral se celebró en el día y hora señalados. Al mismo no compareció el acusado, haciéndolo su defensa y practicándose en el mismo las pruebas propuestas por las partes. No se ha manifestado ni por el acusado ni por su defensa la existencia de impedimento alguno por el que se hubiese visto imposibilitado contra su voluntad de acudir a juicio.

Por tanto, no se ha vulnerado el derecho de audiencia del acusado. Se le ha posibilitado en todo momento que alegara lo que tuviera por conveniente oponiéndose a la pretensión del Ministerio Fiscal y aportando los medios de prueba que estimara oportunos. El acusado, asistido de Letrado desde el inicio de las actuaciones, ha tenido así posibilidad de expresar al Tribunal su punto de vista respecto de la expulsión solicitada por el Fiscal en sus conclusiones provisionales elevadas a definitivas en el acto del Juicio Oral. Igualmente ha sido respetado el principio de contradicción, habiendo tenido su Defensa la posibilidad procesal de oponerse a tal pretensión y de ejercer el derecho a la prueba.

Podemos por ello concluir afirmando que si el acusado no ha sido oído personalmente ello ha sido motivado por causas exclusivamente a él imputables.

(STS 644/2022, de 27 junio)

ARTÍCULO 140.1 CP

Asesinato, alevosía: en la alevosía doméstica o convivencial no es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, sino que es suficiente que se aproveche en cualquier momento y de forma consciente de la situación de indefensión de la víctima; es compatible la alevosía basada exclusivamente en la edad de la víctima por desvalimiento con la hipercualificación de ser la víctima menor de 16 años, al tener un fundamento jurídico distinto, lo que no implica un mecanismo duplicativo de non bis in idem: aplicación de prisión permanente revisable

En los dos primeros motivos del recurso, amparados en el artículo 849.1 LECrim, se denuncia haberse infringido por la sentencia de instancia el artículo 139 en relación con el 140.1 CP, por inaplicación de este último, en base a dos consideraciones: la primera, que según se desprende de los hechos probados en el supuesto no solo existe alevosía por indefensión del menor, si no también alevosía derivada de la relación convivencial, por lo que concurren dos tipos de alevosía, lo que implica que los acusados deben ser condenados a prisión permanente revisable; y, la segunda, basada en que el legislador ha querido diferenciar entre calificación del tipo, en aras a distinguir el homicidio del asesinato, caracterizado por la alevosía, la indefensión, el prevalimiento de una situación de vulnerabilidad, mientras que la circunstancia prevista el 140.1.1, es un precepto que se limita, a una forma de aplicación de la pena. El 138 y el 139 CP tratan la tipicidad mientras que el 140.1.1 establecen una forma de puni-

ción, que responde a criterios de política criminal y en ningún caso, debe apreciarse un quebrantamiento del principio *non bis in idem*, al apreciar la alevosía por vulnerabilidad y tener en cuenta la edad de la víctima.

[...] Se viene distinguiendo entre la alevosía por emboscada o acechanza, la súbita o sorpresiva y la alevosía por desvalimiento, pero, al margen de calificaciones y según se recuerda extensamente en la STS 299/2018, de 19 de junio, la circunstancia agravante de alevosía se aplica a todos aquellos supuestos en los que por el modo de practicarse la agresión quede de manifiesto la intención del agresor de cometer el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido, es decir la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito de asesinato, (art. 139.1) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art. 22.1), radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada, por más que pueda ser compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación (STS 13 de marzo de 2000).

Para que exista alevosía no es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, sino que es suficiente que se aproveche en cualquier momento y de forma consciente de la situación de indefensión de la víctima (STS 750/2016, de 11 de octubre), como ocurre, por ejemplo cuando el autor pretende atacar a la mujer con la que convive, aprovechando la despreocupación de la víctima, cuando se encuentra en su propio domicilio y no espera un ataque de la persona con la que vive a diario, lo que ha venido a denominarse «alevosía doméstica» (STS 39/2017, de 31 de enero y 527/2012, de 29 de junio).

La jurisprudencia también ha reconocido la alevosía no sólo en los casos anteriores sino cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento previo, se produce una alteración en la dinámica del hecho de forma que la víctima no pueda esperar un resultado letal (SSTS. 53/2009 de 22 de octubre, 147/2007 de 19 de febrero, 640/2008 de 8 de octubre, 243/2004 de 24 de febrero), situación que viene denominándose como alevosía sobrevenida. Pero cuando el ataque a la persona se produce desarrollándose en varios actos ejecutados sin solución de continuidad, si en el inicio de la agresión no es posible apreciar la alevosía a causa de la ausencia de sus elementos característicos, tampoco podrá estimarse su concurrencia valorando el eventual desvalimiento o situación de inferioridad en la que se encuentra la víctima en los momentos finales de la acción, pues ésta sería una consecuencia natural de los primeros actos de agresión.

Como destaca la reciente STS 629/2018, de 12 de diciembre, «la esencia de la alevosía se encuentra en el desarrollo de una conducta agresora que, objetivamente, puede ser valorada como orientada al aseguramiento de la ejecución en cuanto tiende a la eliminación de la defensa, y correlativamente a la supresión de eventuales riesgos para el actor procedentes del agredido, lo que debe ser apreciado en los medios, modos o formas empleados; y que, subjetivamente, venga caracterizada por el conocimiento por parte del autor del significado de los medios, modos o formas empleados en la ejecución, en cuanto tendentes a asegurar el resultado, impidiendo la defensa del atacado y suprimiendo los riesgos que de ella pudieran derivarse para el agresor». y según se recuerda en la STS 104/2014, de 14 de febrero, «para apreciar la alevosía que convierte en asesinato el homicidio hay que atender no tanto al mecanismo concreto homicida como al marco de la total acción».

2.2. La reciente sentencia 720/2020, de 30 de diciembre también hace referencia a la invocada por el recurrente alevosía doméstica o convivencial haciendo referencia a que para que exista alevosía no es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, sino que es suficiente que se aproveche en cualquier momento y de forma consciente de la situación de indefensión de la víctima (STS 750/2016, de 11 de octubre), como ocurre, por ejemplo cuando el

autor pretende atacar a la mujer con la que convive, aprovechando la despreocupación de la víctima, cuando se encuentra en su propio domicilio y no espera un ataque de la persona con la vive a diario, lo que ha venido a denominarse «alevosía doméstica» (STS 39/2017, de 31 de enero y 527/2012, de 29 de junio).

Sostiene el recurrente que, no solo concurre la alevosía por indefensión derivada de la corta edad del menor, sino la alevosía derivada de una relación convivencial. Esta última es la que impidió actuar a los vecinos o a otros familiares, quienes se vieron sorprendidos por lo acontecido, y ante los lloros del menor, no pensaron que se tratara en ningún caso de la causación de palizas ni de un estrangulamiento que produjera su fallecimiento.

Estaríamos no solo ante una modalidad de alevosía de prevalimiento, que podría discutirse si atrae el *bis in idem* entre los artículos 139 y 140, sino ante una añadida alevosía súbita o sorpresiva derivada de una relación de confianza, de una relación convivencial y familiar.

La citada denuncia no puede prosperar. Como acertadamente afirma el Ministerio Fiscal, lo cierto es que el concepto de ataque súbito e inesperado que se esconde detrás de la novedosa noción de alevosía convivencial o doméstica debe ser predicado en este caso solo respecto del menor. No es posible orientar el concepto de ataque súbito e inesperado respecto de la madre, en la medida en que ella ha sido condenada y lo ha sido en tanto que ha contemplado ese ataque, repetido y prolongado en el tiempo, en absoluto súbito o inesperado para ella, de modo complaciente o pasivo. Respecto de otros posibles sujetos en defensa del menor (padre biológico, vecinos, etc.), tampoco es dable conducir el concepto de alevosía convivencial respecto de la invalidación de la defensa que de ellos pudiera provenir. No lo es, dado que los estrechos límites del hogar en el que se produjo la reiteración de ataques al menor hacían por su naturaleza imposible una defensa eficaz de aquellos, impedida por el carácter de intimidad del hogar y la dificultad inherente a discernir las verdaderas razones de los lloros lejanos del menor.

3. En cuanto al segundo aspecto de la queja planteada por infracción de ley, hay que tener en cuenta que la doctrina de esta Sala no ha variado el concepto de alevosía, pero sí el criterio sobre la compatibilidad entre la alevosía por desvalimiento sobre menor de edad y la hipercualificación del artículo 140.1.1 CP.

Sobre esa compatibilidad se advierten dos posiciones distintas en la doctrina de este Tribunal, que se decanta, sin duda, recientemente por la segunda de ellas.

3.1. Una primera, que vendría representada por la STS 520/2018, de 31 de octubre de 2018, proclama que en los supuestos en que la edad de la víctima (niños de escasa edad o ancianos) o la enfermedad o discapacidad física o mental, determinan por sí solas la alevosía, nos encontramos ante el tipo básico de asesinato (art. 139.1.1.ª), lo que impedirá además apreciar el asesinato agravado del artículo 140.1.1.ª, pues las condiciones de la víctima ya habrán sido tomadas en consideración para calificar el hecho como asesinato y, de apreciarse de nuevo, se produciría una violación del principio non bis in ídem.

Sentencia que también apunta que la muerte de un ser desvalido que suponga por sí sola alevosía, habrá de resolverse a través de la herramienta del concurso de normas otorgando preferencia al asesinato alevoso (139.1.1.ª CP con prisión de 15 a 25 años) frente al homicidio agravado por las circunstancias de la víctima (138.2.a) con prisión de 15 años y 1 día a 22 años y 6 meses), por aplicación de las reglas de especialidad y alternatividad (art. 8. reglas 1 y 4 CP).

Apunta la misma tesis la sentencia 716/2018, de 16 de enero de 2019, en la que tras llevar a cabo un pormenorizado estudio de la prisión permanente revisable, indica que «en el caso de autos, dada la inescindibilidad descrita del ataque sorpresivo con el

desvalimiento o vulnerabilidad de la víctima en la causación de la indefensión, al haber sido buscada por el autor para asegurar la ejecución del delito sin riesgo propio, tanto si la indefensión que genera la especial vulnerabilidad de la víctima, autónomamente considerada, resulta subsumible en abuso de superioridad, como en alevosía, una vez apreciada la alevosía que cualifica el asesinato, no puede volver a ponderarse esa vulnerabilidad en evitación de doble ponderación de la situación de indefensión, con quiebra del principio *non bis in idem*».

3.2. Una segunda línea jurisprudencial compatibiliza la alevosía basada exclusivamente en la edad de la víctima con la hipercualificación del artículo 140.1.1 CP, ya que la agravación de la víctima menor de 16 años supone un fundamento jurídico distinto que justifica la decisión del legislador, y que no implica un mecanismo duplicativo (*bis in idem*) que impida la calificación en el artículo 140.1.1.º CP.

Así en la sentencia 701/2020, de 16 de diciembre se destaca el distinto fundamento de la alevosía, para cualificar el delito de asesinato, y la mayor protección que la ley concede a los menores, al establecer la hiper-agravación correspondiente a la prisión permanente revisable, con cita de la sentencia 367/2019, de 18 de julio, en donde se proclama que la pena de prisión permanente revisable, que resulta de aplicación del artículo 140.1 CP tiene un fundamento distinto de las agravaciones que dan lugar al delito de asesinato. Por decisión del legislador, al incorporar tal pena a nuestro catálogo delictivo, como consecuencia de una decisión de política criminal, ha establecido que cuando en un delito de asesinato concurre alguna de las circunstancias detalladas en tal precepto, corresponderá la imposición de la pena de prisión permanente revisable, y ello ocurrirá en tres clases de supuestos: 1.º por razón de la especial vulnerabilidad de la víctima, que se predica con carácter general para los menores de 16 años; 2.º por razón de que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima; y 3.º cuando el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal.

Sigue diciendo la citada sentencia que «Se trata de un diverso fundamento para la aplicación de tal precepto que agrava el delito de asesinato; por un lado, un hecho cualificado como tal delito de asesinato, y de otro, una mayor protección a un tipo de víctimas, como ocurre en el caso enjuiciado. Son dos bases diferentes para dos agravaciones diferentes: no hay *bis in idem* sino un legítimo *bis in altera*».

Posteriormente, se ha seguido la misma línea en la sentencia 814/2020, de 5 de mayo, en la que se razona al respecto que «La agravación que el legislador contempla en ese precepto no es la que corresponde, siempre y en todo caso, a la muerte alevosa por desvalimiento. No toda víctima de un asesinato ejecutado sobre seguro, con esta modalidad de alevosía por desvalimiento, ha sido sobreprotegida hasta el punto de incluir su muerte entre los supuestos de singular agravación.

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 artículo 140.1.1 CP no agrava lo que ya ha sido objeto de agravación en el artículo 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. Con-

forme 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 artículo 67 CP [...]».

En igual línea las SSTS 367/2021, de 30 de abril, y 704/2021, de 19(sic) de septiembre y 719/2021, de 23 de septiembre.

3.3. Sostiene el recurrente, con cita de aquellas sentencias que consideran aplicable, que el artículo 140.1.1 cuando la alevosía del artículo 139.1.1 recae sobre niños de corta edad, que no existe *bis in idem*, y que procede imponer la pena de prisión permanente revisable. Invoca las SSTS 520/2018, 31 de octubre; 5 de mayo de 2020; 701/2020, de 15(sic) de diciembre; y 678/2020, de 11 de diciembre. Sostiene que la reforma operada por la LO 1/2015 prevé la posibilidad de comisión de un homicidio del artículo 138 respecto las personas previstas en el 140.1, aplicando a este supuesto un mayor reproche penal, siendo sancionada esta conducta con la pena superior en grado.

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 artículo 140.1 CP, 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.

La reforma que incorpora la prisión permanente revisable es consecuencia de una decisión de política criminal, así como, está basada en principios de oportunidad, siendo la principal razón de la introducción de esta pena de considerable gravedad, la percepción social de la existencia de una delincuencia especialmente grave por razón de las víctimas del delito, personas desvalidas, como son los niños y los ancianos, lo que sin duda implica un mayor desvalor de la acción, un plus de antijuridicidad en la misma. El legislador penal, en distintos supuestos, ha ideado diversas fórmulas de agravación para la parte especial CP fundadas en la necesidad de una tutela cualificada a favor de determinados sectores sociales, expuestos a un riesgo especialmente elevado de sufrir daño en sus bienes más esenciales –vida, salud, libertad, dignidad, integridad corporal– siendo los niños, ancianos y demás personas vulnerables por razón de enfermedad o discapacidad, ese tipo de víctimas que justifican esa punición especialmente grave acordada por el legislador.

Además, se ha buscado una finalidad de prevención especial positiva, como decía el Anteproyecto de 2012 de reforma CP, que justificaba la revisión de las penas en que la «necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas».

No obstante, esta Sala ha discrepado sobre la necesidad, pertinencia y legalidad de la regla de punición especial analizada, en las sentencias 716/2018, de 16 de enero de 2019, FD 4.1, y 678/2020, de 11 de diciembre, FD 4.2, pero lo cierto es que, actualmente, la misma ha sido declarada constitucional –STC de 6 de octubre de 2021, Número Recurso: 3866/2015–, reforma del artículo 140.1 que ha establecido que cuando en un delito de asesinato concorra alguna de las circunstancias detalladas en tal precepto, corresponderá la imposición de la pena de prisión permanente revisable, y ello ocurrirá, entre otros supuestos, por razón de la especial vulnerabilidad de la víctima, que se predica con carácter general para los menores de 16 años, sin que ello

implique infracción del *bis in idem*, ya que la prisión permanente revisable tiene un fundamento distinto de las agravaciones que dan lugar al delito de asesinato.

En definitiva, la declaración de principios efectuada en el Preámbulo de la LO 1/2015, a la que hace expresa referencia la sentencia del Tribunal Constitucional citada, y también las sentencias de esta Sala que acogen la tesis que mantenemos, apela a la necesidad de proporcionar una respuesta extraordinaria a delitos extraordinarios, con el elemento compensatorio de la posible revisión de la pena en principio indeterminada, lo que se trasluce una voluntad del legislador de intensificar la reacción penal frente a unos delitos que tenían asignada hasta entonces una pena de prisión de duración no superior a los 25 años, que el legislador de 2015 consideró insuficientemente disuasoria desde una determinada percepción del clima social, así en palabras del TC «La LO 1/2015 introduce la pena de prisión permanente revisable en determinadas tipologías de asesinato y de homicidio cualificado por la calidad del sujeto pasivo (víctima) ... que contaban en la regulación anterior con límites penológicos de 20, 25 y 30 años».

(STS 585/2022, de 14 junio)

ARTÍCULO 153 CP

Violencia doméstica, maltrato en el ámbito familiar. Derecho de corrección a los hijos: los comportamientos violentos que ocasionen lesiones que requieren una primera asistencia facultativa y que constituyan delito, no pueden encontrar amparo en el derecho de corrección y otras conductas deberán ser analizadas según las circunstancias de cada caso y si resulta que no exceden los límites del derecho de corrección, la actuación no tendrá consecuencias penales ni civiles

La Ley 54/2007, manifiesta en su Exposición de Motivos, que corrige la redacción del artículo 154 CC (donde se leía que los padres podían corregir moderada y razonablemente a los hijos, se establece ahora la obligación de los progenitores de respetar la integridad física y psicológica de los hijos en el ejercicio de la patria potestad) para dar respuesta a los requerimientos del Comité de Derechos del Niño, que ha mostrado su preocupación por la posibilidad de que la facultad de corrección moderada que hasta ahora se reconoce a los padres y tutores pueda contravenir el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

En directa alusión pues, a las consideraciones de la Observación General núm. 8. (2006) del Comité de los Derechos del Niño:

El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes, donde entre otras consideraciones refiriéndose a los Estados, se indica: es preciso que en su legislación civil o penal conste la prohibición explícita de los castigos corporales y de otras formas de castigo crueles o degradantes a fin de que quede absolutamente claro que es tan ilegal golpear, «abofetear» o «pegar» a un niño como lo es dar ese trato a un adulto, y que el Derecho penal sobre la agresión se aplica por igual a esa violencia, independientemente de que se la denomine «disciplina» o «corrección razonable».

Una vez que el Derecho penal se aplique íntegramente a las agresiones a los niños, éstos estarán protegidos contra los castigos corporales en cualquier lugar se produzcan y sea cual fuere su autor. Sin embargo, el Comité opina que, habida cuenta de la aceptación tradicional de los castigos corporales, es fundamental que la legislación sectorial aplicable –por ejemplo, el derecho de familia, la ley de educación, la

legislación relativa a todos los otros tipos de cuidado y los sistemas de justicia, la ley sobre el empleo— prohíba claramente su utilización en los entornos pertinentes.

En paralelo y concreción del amplio ámbito típico del artículo 153 CP y específicamente en relación a cuando los destinatarios de la violencia son menores, por parte de sus progenitores, que invocan como causa justificativa de esa violencia, el derecho de corrección, ya ha sido objeto de pronunciamiento por parte de esta Sala Segunda; y así la sentencia núm. 47/2020 de 11 de febrero, con cita extensa de la núm. 654/2019, de 8 de enero de 2020:

El legislador ha tipificado en el artículo 153 CP el delito de violencia doméstica de forma que en el mismo se castiga con las penas que contiene en los distintos apartados al que «por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147 (esto es, lesiones que no requieran objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico) o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión», redacción dada por LO 1/2015, de 30 de marzo de 2015, en vigencia desde el 1 de julio de 2015.

Por tanto, debemos indicar que de entrada y desde una perspectiva general el simple hecho de golpear a un menor ya incardina la conducta del acusado en el tipo penal contenido en el apartado segundo del precepto en el que se contempla el supuesto en el que el agredido fuera alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2 CP.

Posteriormente, tras reconocer la existencia de un moderado y proporcional derecho de corrección, ultima:

En conclusión, debe considerarse que el derecho de corrección, tras la reforma del artículo 154.2 *in fine* C. Civil, sigue existiendo como necesario para la condición de la función de educar inherente a la patria potestad, contemplada en el artículo 39 CE y como contrapartida al deber de obediencia de los hijos hacia sus padres, previsto en el artículo 155 C. Civil, únicamente de este modo, los padres pueden, dentro de unos límites, actuar para corregir las conductas inadecuadas de sus hijos. Si consideráramos suprimido el derecho de corrección y bajo su amparo determinadas actuaciones de los padres tales como dar un leve cachete o castigar a los hijos sin salir un fin de semana, estos actos podrían integrar tipos penales tales como el maltrato o la detención ilegal.

Por lo tanto, tras la reforma del artículo 154.2 C. Civil, el derecho de corrección es una facultad inherente a la patria potestad y no depende su existencia del reconocimiento legal expreso, sino de su carácter de derecho autónomo, por lo que sigue teniendo plena vigencia. Cosa distinta es la determinación de su contenido y de sus límites tras la supresión formal del mismo.

Es por ello y por la progresiva dulcificación de la patria potestad que viene siendo una constante en los últimos tiempos que cada caso concreto debe ponerse en consonancia con la evolución y la interpretación de las leyes con atención a la realidad social del tiempo en que apliquen a tenor de lo establecido por el artículo 3.1 del C. Civil.

En este sentido los comportamientos violentos que ocasionen lesiones —entendidas en el sentido jurídico-penal como aquellas que requieren una primera asistencia facultativa y que constituyan delito— no pueden encontrar amparo en el derecho de corrección. En cuanto al resto de las conductas, deberán ser analizadas según las circunstancias de cada caso y si resulta que no exceden los límites del derecho de corrección, la actuación no tendrá consecuencias penales ni civiles.

Esta Sala Segunda por su parte se ha pronunciado en STS 578/2014, de 10 de julio, y estableció que en los supuestos de delito leve de lesiones causadas por un padre a una hija: «el Código Civil desde la reforma que operó en el mismo por Ley 54/2007 no se refiere expresamente al derecho de corrección. Ello se debe a las posturas doctrinales que el reconocimiento del mismo, tal y como estaba planteado, sus-

citaba la duda respecto a su colisión con el artículo 19 de la Convención de Derechos del Niño. En su redacción anterior el artículo 154 Código Civil especificaba que la facultad de corrección de los padres respecto de los hijos sometidos a su patria potestad debía ser ejercida de forma moderada y razonable. La facultad que a los padres asiste para poder corregir a sus hijos, en cualquier caso queda integrada dentro del conjunto de derechos y obligaciones que surgen de la patria potestad y solo puede concebirse orientada al beneficio de los hijos y encaminada a lograr su formación integral, tiene como límite infranqueable la integridad física y moral de éstos. La reprensión ante una eventual desobediencia del menor nunca puede justificar el uso de la violencia que el acusado ejerció, ni admite, bajo ninguna óptica, considerar esa actuación orientada a su beneficio».

Por su parte, la STS 666/2015, de 8 de noviembre, en un caso de padrastro que convivía en su domicilio con una hija de su esposa y que se encontraba bajo su protección, analiza la acción de propinar una bofetada a esa menor, y considera que «integra un comportamiento de maltrato doméstico que consolida un patrón de dominación violenta y de afectación a la integridad y dignidad de la menor que excede de la conducta que en la época actual, podemos considerar socialmente adecuada».

En autos, la bofetada no origina la necesidad de asistencia médica de la menor; pero en modo alguno puede considerarse atípica, cuando se contempla desprovista de cualquier necesidad, justificación ni resquicio de proporcionalidad; sino como mera reacción ante un comentario que no fue del agrado del recurrente. Deviene cuestionable, el derecho de corrección que comporta violencia sobre el menor por mínima que sea; y aún cuando en determinadas circunstancias la de muy liviano carácter no conlleve sanción penal, si integra mero maltrato por simple discrepancia con el menor; en modo alguno escapa a su condición típica acreedora de reproche penal.

(STS 770/2022, de 15 septiembre)

ARTÍCULO 183 BIS CP

Consentimiento libre del menor y autor próximo al menor en edad y madurez: es necesario acreditar la madurez del menor y la proximidad en grado de madurez y edad del adulto interviniente, siempre existiendo consentimiento libre del menor, aplicando al efecto un doble criterio cronológico y biopsicosocial, como es el análisis de las características individuales de desarrollo; inexistencia: acusados de 24 y 22 años que tienen relaciones sexuales con menor de 15 años sin intimidación, con madurez psicológica superior a ésta y falta de simetría entre respectivos grados de desarrollo y madurez. Perspectiva de género: debe tener un marco de aplicación práctica en supuestos de delitos contra la libertad sexual para verificar que la capacidad de oposición por parte de la víctima o mujer se encuentra en muchas ocasiones vencida por las circunstancias particulares del agresor o agresores y la dificultad o imposibilidad de la víctima de oponerse a la conducta ilícita: perspectiva de género que no implica en ningún caso que se alteren las reglas de la valoración de la prueba y deba tener que probar su inocencia el acusado

Solicita el recurrente aplicar el artículo 183 *quater* CP no como una atenuante cualificada, sino como una eximente. Apunta que el TSJ aplica indebidamente el artículo 183 *quater* CP, porque en vez de hacerlo en su vertiente de eximente, lo hace en forma de atenuante.

[...] en la medida que el precepto introduce un concepto jurídico indeterminado (la proximidad en el grado de desarrollo y maduración), cabe considerar su aplicación como atenuante analógica en armonía con el criterio mantenido por la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2017 (Debe, por tanto, admitirse la posibilidad de construir una atenuante analógica con relación al artículo 183 *quater* cuando solo parcialmente concurren sus presupuestos exoneradores. Incluso será admisible apreciarla como muy cualificada para los supuestos en los que, sin ser admisible la exoneración total, atendidas las circunstancias concurrentes, la relación entre el autor y el menor sea cercana a la simetría en el grado de desarrollo y madurez).

En el presente caso, las edades de Severiano y José Manuel –24 y 22 años en el momento de los hechos– podrían considerarse como «relativamente próximas», en palabras de la STS núm. 946/2016, de 15 de diciembre citada en la Circular 1/2017, teniendo en cuenta que los 15 años de la menor entrarían dentro de la franja de la pubertad en la que la protección que ofrece el precepto es susceptible de ser modulada atendiendo a las edades cronológicas y grados de desarrollo y madurez respectivos.

El informe psicológico médico-forense, relativo a la menor al que la sentencia ofrece mayor credibilidad, recoge que la menor había tenido anteriormente una relación afectiva con una primera relación sexual. A su vez en el informe sobre madurez se subraya que su estilo de acercamiento al sexo opuesto es poco adaptativo y sexualizado, caracterizándose por la superficialidad en las relaciones, el distanciamiento emocional y la proyección social, todo ello le sitúa en una posición de vulnerabilidad al exhibir una «carta de presentación» de sí misma ficticia, mostrando una mayor madurez sexual de la que le corresponde por su momento evolutivo y experiencial real.

Este mismo informe se muestra particularmente cauto a la hora de evaluar el grado de madurez de José Manuel y Severiano, pues, si bien los considera dentro de la normalidad en todas sus capacidades, cognitivas, sociales y personales, advierte que no existe ninguna técnica específica por parte de la psicología forense para llevar a cabo una evaluación de la madurez en la toma de decisiones.

[...] Por su parte, examinando el medio social en el que se desenvuelven tanto la menor como los recurrentes se comprueba, vistas las comunicaciones cruzadas entre ambos y con amigos de edades similares, las declaraciones de todos ellos y el lenguaje soez que emplean al tratar temas de contenido sexual, que hay un contexto común a la hora de banalizar las relaciones sexuales convirtiéndolas en un simple divertimento o juego sin trascendencia que denota, al margen de otras consideraciones éticas fuera de lugar, una falta de madurez igualmente próxima entre todos ellos.

Una valoración conjunta de estas circunstancias, la relativa proximidad de las edades cronológicas, y la proximidad en el grado de desarrollo y madurez, en lo que a relaciones sexuales se refiere, permite otorgarles una consideración particularmente relevante, por la indudable influencia que han desempeñado en el desarrollo de los hechos, que conduce a apreciar, tanto en Severiano como en José Manuel, una atenuante analógica del artículo 21.7.º CP con el carácter de muy cualificada en relación con el tantas veces citado artículo 183 *quater* CP.

Es decir, que en modo alguno se considera por el TSJ una relevancia que conlleve una proximidad en el grado de desarrollo o madurez física y psicológica que le haga merecedor al recurrente de una exención de responsabilidad como se aplicó en uno de los acusados de 19 años de edad, pero no en los otros dos en donde la simetría de edad y grado de desarrollo de madurez física y psicológica no concurre en la medida tan relevante que por la acumulación de aproximación de conceptos que exige el artículo 183 *quater* CP lleve a una exención que reclama el recurrente. Por ello, pese a que las acusaciones inciden en la condena de éste último es inviable, ya que desaparecida la intimi-

dación en los hechos la concurrencia de los elementos acumulativos en Gerardo con Hortensia es evidente, tal cual determina la absolución por el TSJ de este último.

Cuestiona, además, en su defecto, que se le imponga la pena de 4 años de prisión y postula la de dos años y seis meses.

Pues bien, con respecto a la aplicación del artículo 183 *quater* decir que la doctrina señala sobre este precepto que el artículo 183 *quater*, incorporado al CP por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, no aparecía en la primera versión del Anteproyecto, la de 2012.

Se incorporó en la segunda y definitiva versión, la de 2013, de donde pasó literalmente al Proyecto y, por último, a la nueva Ley Orgánica. Se trata de destipificar conductas en las que la edad del sujeto activo se aproxime a la del menor de edad, por cuanto entonces habría una madurez similar en ambos. El propio artículo 183 *quater* atiende tanto a la edad como al grado de desarrollo o madurez.

Y se justificó la adición señalando que, en este sentido, estamos en línea con el Informe del Consejo de Estado, así como el Consejo Fiscal, al ser aplicable el artículo 183 a conductas ejecutadas por menores de 18 años, sería conveniente incluir «la asimetría de edades cuando los actos sexuales son realizados por menores». En Derecho comparado, como señala el Consejo Fiscal, se ha tenido en cuenta esta circunstancia y menciona diferentes legislaciones: Italia, donde no es punible el menor que comete actos sexuales con otro menor que haya cumplido 13 años, si la diferencia de edad entre ambos no es superior a 3 años; o Austria, donde tampoco es punible si la edad del autor no supera la del menor en más de 3 años, con algunas excepciones; otros países con similares regulaciones son Noruega y Suiza. Ahora bien, esa escasa diferencia de edad ha de ser tenida en cuenta no solo cuando el autor es menor sino también cuando está próximo a la mayoría de edad aun superándola.

[...] Pues bien, el objetivo en la aplicación del artículo 183 *quater* CP es la de que el texto penal no puede prohibir el sexo entre jóvenes. No puede el legislador introducirse en la cotidianidad de las relaciones humanas y criminalizar en pleno siglo XXI cuestiones que pertenecen a la esfera propia de las decisiones privadas de menores. En donde sí interviene el Derecho penal, y debe hacerlo, es cuando la relación sexual se produce entre mayor y menor de edad, y aquí es donde se introducen los matices respecto a la edad del «mayor de edad» y la del menor, y la posibilidad de esa aproximación en edades o madurez física y psicológica que haga desaparecer esa especie de «aprovechamiento» que sanciona el texto penal cuando la relación sexual lo es entre mayor y menor. Todo ello, para proteger al menor de que su inferioridad en su edad sea aprovechada por el mayor. Sin embargo, esta presunción del «aprovechamiento» puede decaer cuando ambos se encuentran en un mismo plano, que es lo que da a la aplicación del artículo 183 *quater* CP para operar como eximente. Pero nótese que debe exigirse ese «mismo plano» para que opere la exención de responsabilidad que sí se dio en el caso de Gerardo, que contaba 19 años de edad frente a los 15 de Hortensia.

Este tipo de normas, en el Derecho Comparado, se conoce como «cláusulas Romeo y Julieta». En la tragedia de Shakespeare, Julieta Capuleto no había cumplido aún los 14 años. Y, así, lo que pretenden estas disposiciones es evitar que la ley, al establecer límites de edad, conlleve interpretaciones estrictas, que impidan contactos de naturaleza sexual consentidas entre personas jóvenes, semejantes en edad y madurez. Es decir, con conceptos acumulativos. Pero ello no se aplica cuando esa «semejanza» no concurre y en estos casos no puede aplicarse la exención, que es lo que en este motivo propugna el recurrente, aunque sí la atenuación analógica muy cualificada que ha admitido el TSJ en su sentencia de apelación.

Respecto de Gerardo se ha reflejado en la sentencia del TSJ que: «En el caso de Gerardo, la cuestión ha sido resuelta en la sentencia apelada, en relación con un delito

de la misma naturaleza cometido con la misma persona, apreciando la exención de responsabilidad, en su FJ 4.º»: «Por ello se considera que la versión de la denunciante relativa a que fue penetrada en contra de su voluntad por Gerardo, no resulta debidamente corroborada, y en consecuencia procederá la aplicación del artículo 183 *quater* CP, que constituye una causa de exención de la responsabilidad criminal en los supuestos de proximidad al menor por edad y grado de madurez. Por el equipo psicossocial, se expuso que la madurez de Gerardo y Hortensia era similar, y la diferencia de edad, 15 y 19 años no es importante», estimación que, al no haber sido impugnada, hacemos extensiva al delito de abuso sexual integrado por los hechos ocurridos en el salón y que motivaron su condena en la instancia por un delito de agresión sexual».

Se refiere, además, en el relato de hechos probados que «no consta plenamente acreditado que Hortensia mostrase su oposición, expresa o tácita a dicha relación. Que conforme al informe psicológico la madurez de Gerardo era similar a la de Hortensia».

Pero, sin embargo, tal extensión en el caso del recurrente de 24 años de edad, frente a los 15 de Hortensia no puede conllevar a admitir la existencia de la exención de responsabilidad que se postula, ya que aunque se aprecia una cierta disminución de madurez en el recurrente [...], ello no puede conllevar la postulada aplicación del artículo 183 *quater* CP.

Interesante resulta a estos efectos la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 828/2021 de 29 Oct. 2021, Rec. 4991/2019, que, sistematizando sus apreciaciones, señala que: «1. Las circunstancias que han de concurrir para que el consentimiento libre del menor de dieciséis años sea eficaz para excluir la responsabilidad penal del autor, es que éste sea persona próxima a él por edad y grado de desarrollo o madurez, parámetros abiertos, que dejan un amplio margen de apreciación para el que, atender a las circunstancias de cada caso, es determinante.

2. La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2017, en el apartado que dedica al grado de desarrollo o madurez, dice lo siguiente: «Como se ha expuesto, nuestra legislación ha optado por un criterio mixto que comporta tanto el análisis de la franja de edad (criterio cronológico) como el análisis de las características individuales de desarrollo y madurez (criterio biopsicosocial). Así, constituirán factores diferenciales, tanto la acusada diferencia de edad (particularmente cuando se trata de adultos jóvenes) como los concretos factores singulares que concurren entre autor y víctima».

3. Y en la STS 1001/2016, de 18 de enero de 2017, se puede leer lo siguiente: «[...], aunque el nuevo artículo no establece mínimo alguno en orden a la prestación de un consentimiento libre. Sin embargo, sí se fijan dos premisas o circunstancias que deben concurrir conjuntamente como son la proximidad de la edad entre ambos sujetos y de su grado de desarrollo o madurez, calidad de próximo aplicable a ambos criterios».

4. Se trata pues de tener en cuenta el equilibrio de la pareja atendiendo a las circunstancias legales, es decir, la edad y el espíritu y mentalidad de ambos, debiendo rechazarse los casos de desequilibrio relevantes y notorios desde el punto de vista objetivo, pero también subjetivamente cuando aquél pueda inferirse del contexto en el que tiene lugar la relación, lo que determina un cuidadoso examen de cada caso.

Pues bien, cierto y verdad que nos encontramos con un precepto que permite la exención cuando se den circunstancias concretas, y, –no lo olvidemos– concurrente en torno a próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica.

Así, señala la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 949/2021 de 2 Dic. 2021, Rec. 10292/2021 que:

«El artículo 183 *quater* obliga a los Jueces y Tribunales a un ejercicio valorativo del grado de desarrollo y madurez del menor que no siempre resulta bien entendido. Es comprensible que la sensibilidad social por la protección de la indemnidad sexual de la infancia genere reacciones frente a decisiones jurisdiccionales que, sin ser leídas

en su integridad, son presentadas como alentadoras de la impunidad de cualquier contacto sexual de un adolescente que ya ha cumplido 13 años con un mayor de edad. Sin embargo, esta Sala ha desarrollado un marco de doctrina jurisprudencial encaminado a buscar ese delicado punto de equilibrio entre la protección integral del menor de edad frente a cualquier abuso y el reconocimiento de su capacidad de determinación en la esfera sexual, siempre que su grado de desarrollo y madurez y, sobre todo, las circunstancias personales del autor permitan concluir que el contacto sexual estuvo despojado de cualquier significación delictiva.

[...] la STS 699/2020, 16 de diciembre, recordaba que «...la cláusula objeto de análisis vendrá aplicable precisamente cuando, pese a ser uno de los intervinientes en la relación menor de dieciséis años, hay una decisión libre y una actividad sexual compartida con una persona que, aun siendo mayor de edad, es próxima al menor en edad y madurez».

La eficacia del consentimiento del menor de edad que acepta la práctica de actos de significación sexual, fue subrayada por la STS 294/2021, 8 de abril: «...partiéndose de que el consentimiento de la menor (de 13 o 16 años) resulta a todos los efectos inválido para justificar la conducta del adulto con quien mantiene relaciones de naturaleza sexual, por vía de excepción se recobra la virtualidad de ese consentimiento para aquellos supuestos en los cuales, por tratarse el autor de una persona próxima en edad y grado de desarrollo o madurez a su víctima, el contexto relacional en el que las conductas se producen aconseja excluirlas de la represión penal».

En cualquier caso, dado que el recurrente contaba con 24 años al momento de los hechos y la víctima con 15 no es posible la extensión que se propugna de la vía del artículo 183 *quater* CP a la vía de la exención plena de responsabilidad, pese al dictado de los hechos probados en cuanto se desprende de la prueba pericial practicada, ya que no se llega a una disminución tal que permita deducir una aproximación entre recurrente y víctima en edad real y en grado de desarrollo de madurez física y psicológica que haga merecedor al recurrente de una exención como la que propugna ex artículo 183 *quater* CP.

Con respecto a la rebaja de la pena que propugna en su defecto de los cuatro años de prisión a los dos años y seis meses, decir que el TSJ señala en su FD núm. 14.º que: «... Estimando proporcionada la pena de cuatro años de prisión para Severiano, por su mayor edad y por haber ejercido una suerte de liderazgo sobre los demás manifestado en las especiales relaciones mantenidas a través de las redes sociales con la menor...».

Además, se apunta por el recurrente una desproporción de la pena de cuatro años de privación de libertad. Pero ello no puede admitirse, aunque más tarde se tratará sobre la pena a imponer. Sobre todo, en torno a la exigencia de valorar «la gravedad del hecho», y en cuya gravedad habrá que analizar, en efecto, la proximidad en la edad, aunque no absoluta, y la pericial en torno al grado de madurez física y psicológica, pero sin introducir en ello juicios de moralidad o inmoralidad, corrección o incorrección física de las conductas llevadas a cabo desde el punto de vista personal por ser cuestiones ajenas al Derecho penal, ya que el prisma desde el que se pueden enfocar este tipo de hechos puede ser distinto, según se perciban desde un adulto o desde una persona joven, y ello queda al margen de valoración del Derecho penal. No se trata, pues, de analizar la moralidad de las conductas, sino su ilicitud.

[...] La perspectiva de género debe ser observada en los delitos sexuales y de violencia de género. Además, no hay que olvidar que hemos analizado en diversas ocasiones que este tipo de hechos tiene que contemplarse con perspectiva de género, porque en los casos de violencia de género y sexual nos movemos en parámetros distintos al resto de modalidades delictivas, y no se trata de realizar valoraciones probatorias en compartimentos estancos distintos cuando se trata de estos delitos y otros

distintos, sino de contemplar que la perspectiva de género debe tener un marco de aplicación práctica en estos supuestos para verificarse desde un punto de vista en el que la capacidad de oposición por parte de la víctima o mujer se encuentra en muchas ocasiones vencida por las circunstancias particulares del agresor o agresores y la dificultad o imposibilidad de la víctima de oponerse a la conducta ilícita.

Por ello, este tipo de supuestos deben analizarse con «miras de género», lo que no implica en ningún caso que se alteren, por ello, las reglas de la valoración de la prueba y deba tener que probar su inocencia el acusado y/o que no concurre la intimidación. En modo alguno.

Sin embargo, contando también con el enfoque de esta perspectiva de género, es cierto que los parámetros de la valoración de la prueba en el proceso penal deben hacerse respetando siempre la presunción de inocencia y una valoración probatoria racional coherente y lógica que mantenga siempre la perspectiva de que las dudas deben siempre favorecer al reo, y aquí una cosa es que se contemple la perspectiva de género en el marco de la justicia penal y otra que el análisis de la valoración probatoria tenga que llevarse a cabo bajo la preeminencia de las reglas de la presunción de inocencia y que en el marco de la duda el beneficio es del reo. Todo ello, aun contemplando la perspectiva de género en la reacción de la víctima ante hechos en los que su capacidad opositora quedan muchas veces reducida, o anulada, precisamente, por su condición de mujer ante el ataque del agresor o agresores.

Sin embargo, dicho esto la realidad aplicable al caso concreto nos lleva a entender que la interpretación del TSJ es correcta, como ya hemos puntualizado, ya que la propia versión de la víctima en una de sus modalidades lleva implícito la exposición pública inmediata a los hechos contada de la propia víctima de que el acto fue voluntario y consentido, y no bajo la perspectiva de una intimidación ejercida por la concurrencia de los tres acusados en la realización de los actos sexuales, lo que aleja la existencia de la intimidación ambiental o persuasión coercitiva.

«[...] Una valoración conjunta de estas circunstancias, la relativa proximidad de las edades cronológicas, y la proximidad en el grado de desarrollo y madurez, en lo que a relaciones sexuales se refiere, permite otorgarles una consideración particularmente relevante, por la indudable influencia que han desempeñado en el desarrollo de los hechos, que conduce a apreciar, tanto en Severiano como en José Manuel, una atenuante analógica del artículo 21.7.º CP con el carácter de muy cualificada en relación con el tantas veces citado artículo 183 *quater* CP».

[...] Admite la Circular 1/2017, de 6 de junio de 2017, de la Fiscalía General del Estado, sobre la interpretación del artículo 183 *quater* CP que: «8.º. Cabe la posibilidad de construir una atenuante por analogía en tanto que la concurrencia parcial puede excluir la idea de abuso en forma relativa. Deberá atenderse al caso concreto y la situación deberá abarcar necesariamente la proximidad por edad dispuesta en el precepto, siendo graduable el grado de desarrollo o madurez al objeto de establecer el alcance de la atenuación».

Pero la pregunta que nos hacemos es si puede construirse una atenuante *ex novo*, porque así lo sería, bajo el apoyo de la citada Circular, pero sin cobertura legal habilitante que permita a los jueces aplicarla en los casos del nuevo artículo 183 bis CP.

5. Nuestra legislación ha optado por un criterio mixto que comporta tanto el análisis de la franja de edad (criterio cronológico) como el análisis de las características individuales de desarrollo y madurez (criterio biopsicosocial). Así, constituirán factores diferenciales, tanto la acusada diferencia de edad (particularmente cuando se trata de adultos jóvenes) como los concretos factores singulares que concurren entre autor y víctima.

Pero, al mismo tiempo, no ha construido un «espacio intermedio» entre la total responsabilidad y la total irresponsabilidad.

6. En la reciente sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 828/2021 de 29 Oct. 2021, Rec. 4991/2019 señalamos que: «no ha optado nuestro legislador por un criterio cronológico puro, sino que ha combinado la relación de proximidad entre la edad del mayor y el menor, y la de simetría de madurez entre ambos, factores no sujetos a reglas fijas, en que la formación y condicionantes culturales de cada cual juega un papel importante, lo que no significa que no podamos encontrar casos claros en que ni uno ni otro, o bien que uno u otro, se presenten sin duda, porque, si esto es así, cae por su base la aplicación de la referida cláusula de exoneración».

Pero esta aplicación de la exención o de la atenuante analógica muy cualificada solo puede ir en el actual estado de la cuestión en favor o de la exención absoluta cuando concurren todos los factores, y si no concurren con la absoluta responsabilidad. El texto penal no permite una opción intermedia.

El artículo 21.7 CP hace referencia para aplicar atenuantes analógicas a: 7.ª Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores. Pero solo dice «las anteriores», no cualquier causa de exención de responsabilidad penal en el CP. (Y entre ellas la del artículo 183 bis CP.)

[...] Así, la cuestión es si cabrían en este caso atenuantes analógicas cuando el legislador ha fijado de forma expresa en el artículo 21.7 CP que solo lo son respecto a las circunstancias anteriores, y este precepto (art. 21.7 CP) no se refiere en nada al artículo 31 *quater* CP, (Y podría haberlo hecho y al artículo 183 bis CP; pero no fue decisión del legislador) y, además, hace mención a la expresión Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal, la cual no es baladí, y que, aunque se comparta o no, es disposición legal que no admite interpretación en contrario. Pues lo mismo ocurre en este caso con el artículo 183 bis CP, el cual solo avala la exclusión de responsabilidad penal en los casos que cita, pero no una atenuación. Ni simple ni muy cualificada.

7. Señala también la doctrina especializada que con relación a las expresiones «desarrollo», separado de «madurez», apunta a que la primera mención venga referida al aspecto puramente físico, mientras que la segunda se refiera al «estado en que se encuentre su proceso de progreso cognitivo y emocional». Debe considerarse, no solo las distintas diferencias de edad entre los involucrados en la actividad sexual de los menores, sino, también la proximidad y equilibrio (de desarrollo y madurez) que debe predicarse de los que realizan actos sexuales en dichas franjas de edad. El denominado «consentimiento libre» del menor no bastará para no castigar la conducta; por cuanto, debe darse esa «proximidad» entre el/la menor y el sujeto activo que exige la participación de periciales psicológicas y médicas que determinen dicho extremo. En el presente caso todo ello ha sido analizado debidamente, y se ha concluido que no exime de responsabilidad lo acontecido entre víctima y condenados.

8. Es cierto, de todos modos, que, como consta en el estudio «Who's to blame? Perceptions of adolescents' maturity and responsibility in sexual relationships with an older partner», en *Psychology, public policy and Law*, número 22, existen notabilísimas diferencias entre la percepción que los jóvenes (en concreto, personas de 18 a 24 años) tienen sobre la madurez de los adolescentes para consentir relaciones sexuales con personas mayores que ellos y la percepción que sobre ello tienen los adultos con hijos adolescentes.

Así, con ello, el problema con el que nos encontramos en este caso es que no es posible una creación jurisprudencial *ex novo* de una atenuante analógica que no permite «anclarla» en otra precedente sobre la que construir la «analogía», ya que en el

artículo 21.7 CP se permite una construcción referida a las precedentes cuando se de Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores.

Con ello, en el presente caso no existe un «previo» soporte donde poder situarnos para permitir esa atenuación, y no es posible construir «edificios atenuatorios» de responsabilidad sin una base estructural que permita llevarlo a cabo, por cuanto no es válido el argumento de que, si admitimos la exención del artículo 183 *quater* en la inexistencia de culpabilidad, pero tampoco de antijuricidad y, por ello, punibilidad, se puedan construir una especie de «espacios intermedios» sin soporte legal por atentar al principio de legalidad. Cuestión distinta es que la jurisprudencia haya construido en ocasiones opciones que, más tarde, ha recogido el legislador, pero con una mínima base legal en la que «anclar» esta opción, que en este caso no existe.

Por ello, en la actualidad, a falta de una mención legal en el artículo 183 bis CP resulta imposible aplicar la atenuante ni como simple ni como muy calificada por no ser la citada Circular, pese a su correcta explicación, un marco legal que sirva de soporte para aplicar una atenuante donde ésta no se puede aplicar *ex lege*.

Además, el acceso sexual con menores de edad es hecho sancionado en el CP en la protección de los menores frente a actos sexuales sobre ellos realizados por mayores de edad y que se contempla, precisamente, en la propia garantía y protección de los menores como víctimas frente a los ataques frente a ellos realizados como reflejó claramente la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección de la infancia.

También hay que destacar que, en su caso, esa atenuante analógica, no podría aplicarse tampoco a un escenario como el que se describe en los hechos probados de acceso carnal sexual entre los jóvenes y la menor en un marco de una orgía sexual. Podría llegar a plantearse en otros escenarios como relaciones entre jóvenes concretas en edades límites, y/o fruto de una relación de pareja, pero no en un escenario cercano a una relación sexual grupal como fue este supuesto ajeno a una situación de aplicación de circunstancias modificativas de responsabilidad penal.

Ello llevaría a que se suprimiría la atenuante muy calificada aplicada en la sentencia del TSJ y la imposición de la pena sería la correspondiente al delito objeto de condena, que lo es del artículo 183.1.3 y 4 b) CP, que si bien es cierto que antes de la reforma reciente CP fijaba la pena en el arco entre los 10 y 12 años de prisión es preciso, en beneficio del reo, aplicar la ley penal más favorable, a raíz de la Ley 10/2022, de 6 de septiembre que ahora sitúa el arco de base entre los 6 y los 12 años de prisión en estos casos (art. 181.3 CP) en relación con el artículo 181.4 a) CP en su mitad superior, lo que lleva a la pena de entre 9 años y un día y 12 años de prisión frente a los 10 años y un día a 12 años de la regulación anterior.

(STS 930/2022, de 30 noviembre)

ARTÍCULO 203 CP

Allanamiento de despacho de abogados: el despacho personal de abogado donde se custodian expedientes de clientes que contienen datos sensibles que deben ser preservados, confiere «el poder jurídico» de imponer a terceros el deber de abstenerse de entrar en su interior sin su permiso

Examinando pues el segundo motivo del recurso que formula D. Luciano, éste se articula por infracción de ley al amparo del artículo 849.1.º LECrim, por indebida aplicación de los artículos 203.2 y 3 CP. En desarrollo de este motivo se limita el recurrente a señalar que los hechos probados de la sentencia de instancia expresan que

no concurre en la actuación del acusado el elemento objetivo del tipo consistente en que la entrada en el despacho se realizara fuera de las horas de apertura dado que los hechos enjuiciados tuvieron lugar en horario de atención al público, por lo que quedaría excluido el tipo contemplado en el artículo 203.2 CP.

En relación al delito contemplado en el artículo 203.3 CP indica que el tipo exige la utilización de violencia o intimidación para la entrada o el mantenimiento en el despacho profesional, lo que ha sido excluido por la sentencia de instancia.

Ello ya de por sí debería llevar a la desestimación del motivo, ya que la Audiencia ha condenado al recurrente como autor del delito contemplado en el artículo 203.1 CP, sin referencia alguna a los otros dos apartados de este precepto.

[...] La entrada inicial del acusado en el piso en la zona de acceso al público no ha sido objeto de reproche penal, y así expresamente se explica en la sentencia objeto de recurso. El recurrente ha sido condenado por introducirse en la zona privada de despachos. En concreto en el despacho personal de la abogada, lo que hizo con pleno conocimiento y voluntad, puesto que previamente fue apercebido por la secretaria Sra. Sofía de que no podía acceder al mismo.

1. El tipo contemplado en el artículo 203 CP se encuentra ubicado en el capítulo II «del allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público», del Título X del Libro II «delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio». El citado capítulo comprende tres preceptos (arts. 202, 203 y 204 CP) que se refieren al allanamiento pacífico de morada de persona física (art. 202.1 CP), al allanamiento con violencia o intimidación de morada de persona física (art. 202.2 CP), al allanamiento pacífico de morada de persona jurídica y establecimientos abiertos al público (art. 203.1 y 2 CP), al allanamiento con violencia o intimidación de morada de persona jurídica (art. 203.3 CP), y al allanamiento de morada por autoridad o funcionario (art. 204 CP).

Frente al CP de 1973, en el que el delito de allanamiento de morada se encontraba incluido dentro de los delitos contra la libertad y la seguridad, el legislador de 1995 decidió ubicarlo entre los delitos contra la intimidad y la inviolabilidad del domicilio. Junto a él introdujo el allanamiento de persona jurídica, despacho profesional u oficina, establecimiento mercantil o local abierto al público, cuya conducta típica, «entrar», es idéntica a la del allanamiento de morada, variando sólo la clase de local en que se introduce el sujeto activo contra la voluntad de su dueño.

El bien jurídico protegido es la intimidad de las personas, derecho fundamental consagrado en el artículo 18.1 CE.

Es obvio que en principio, un despacho profesional, como en nuestro caso ocurre, no constituye la morada de su titular. Ello no obstante, en el mismo puede desarrollarse determinada actividad relacionada con la intimidad personal de su titular, y como tal debe ser objeto de protección frente a intromisiones ajenas. Se trata de un espacio físico cerrado, por propia voluntad del interesado, indispensable para que el profesional pueda realizar su actividad y terceras personas no autorizadas no gozan del derecho a invadir ese espacio privado, aun en horas de atención al público.

Como señala el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 10/2002, de 17 de enero, «la norma constitucional que proclama la inviolabilidad del domicilio y la interdicción de la entrada y registro domiciliario (art. 18.2 CE) constituye una manifestación de la norma precedente (art. 18.1 CE) que garantiza el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (por todas, STC 136/2000, de 29 de mayo, FJ 3). De esta construcción interrelacionada resulta que la protección de la inviolabilidad domiciliaria tiene carácter instrumental respecto de la protección de la intimidad personal y familiar (STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5), si bien dicha instrumentalidad no empece a la autonomía que la Constitución española reconoce a ambos derechos,

distanciándose así de la regulación unitaria de los mismos que contiene el artículo 8.1 del Convenio europeo de derechos humanos (en adelante, CEDH; STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6).

Si, como hemos declarado de forma reiterada, el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1) tiene por objeto la protección de un ámbito reservado de la vida de las personas excluido del conocimiento de terceros, sean éstos poderes públicos o particulares, en contra de su voluntad (por todas, SSTC 144/1999, de 22 de julio, FJ 8; 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5), el derecho a la inviolabilidad del domicilio protege un ámbito espacial determinado, el «domicilio», por ser aquél en el que los individuos, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima, siendo objeto de protección de este derecho tanto el espacio físico en sí mismo considerado, como lo que en él hay de emanación de la persona y de su esfera privada (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5, de 31 de mayo, FJ 5; y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6).

Igualmente, como expresa la sentencia núm. 69/1999, de 26 de abril, «cabe entender que el núcleo esencial del domicilio constitucionalmente protegido es el domicilio en cuanto morada de las personas físicas y reducto último de su intimidad personal y familiar. Si bien existen otros ámbitos que gozan de una intensidad menor de protección, como ocurre en el caso de las personas jurídicas, precisamente por faltar esa estrecha vinculación con un ámbito de intimidad en su sentido originario; esto es, el referido a la vida personal y familiar, sólo predicable de las personas físicas. De suerte que, en atención a la naturaleza y la especificidad de los fines de los entes aquí considerados, ha de entenderse que en este ámbito la protección constitucional del domicilio de las personas jurídicas y, en lo que aquí importa, de las sociedades mercantiles, sólo se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros». y conforme explican las SSTC 206/2007, de 24 de septiembre y 70/2009, de 23 de marzo, la afectación del derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), «en cuanto derivación de la dignidad de la persona (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 (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3; 98/2000, de 10 de abril, FJ 5; 156/2001, de 2 de julio, FJ 4; 70/2002, de 3 de abril, FJ 10; 27/2003, de 30 de junio, FJ 7; 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2, entre otras). El artículo 18.1 CE confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido (por todas, STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2 y las allí citadas).

Debe recordarse que el derecho a la intimidad no es un derecho absoluto, sino que puede ceder ante intereses constitucionalmente relevantes siempre que, en palabras de la STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2, el recorte que aquél haya de experimentar esté fundado «en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada (SSTC 44/1999, de 5 de abril, FJ 4; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4; 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 16; 70/2002, de 3 de abril, FJ 10) o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (STC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5). El artículo 18.1 CE impide, por tanto, decíamos en la STC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 8, las injerencias en la intimidad «arbitrarias o ilegales». De lo que se concluye que se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración

en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la Ley, no sea eficazmente consentida o, aún autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida».

2. Examinando el supuesto de autos, a la vista de la doctrina constitucional expuesta, nos encontramos, como se ha indicado, con que el recurrente accedió a la zona de despachos privados, en concreto al despacho privado de la Sra. Nuria contra la voluntad de ésta. Esta circunstancia era conocida por el mismo pues así se lo indicó la secretaria del Despacho Sra. Sofía.

Es indiferente que el despacho de abogados se encontrara o no abierto al público, pues en todo caso esa apertura no se hacía extensiva a las zonas privadas donde se ubicaba el despacho personal de la Sra. Nuria.

Es evidente que tal despacho personal ni constituía ni podía ser equiparado al domicilio de una persona física, que es el lugar cerrado donde la misma desenvuelve su vida íntima y satisface su derecho a disponer de un ámbito en el que su privacidad no sea invadida ni perturbada por persona alguna.

Ahora bien, se trataba de un recinto cerrado en el que la perjudicada y otros compañeros desarrollaban su actividad profesional. El despacho personal era de acceso claramente restringido, solo accesible obviamente a compañeros o empleados con los que mantuviese una relación de confianza o terceros previamente autorizados. El derecho fundamental a la intimidad del que era acreedora la Sra. Nuria y el hecho de que el despacho personal lógicamente servía a la custodia de los expedientes de clientes que contienen datos sensibles que deben ser preservados, confería a aquella «el poder jurídico» de imponer a terceros el deber de abstenerse de entrar en su interior sin su permiso. En nuestro caso, tal derecho le facultaba a excluir la entrada en su despacho del Sr. Luciano, como así se lo hizo saber a través de su secretaria. Por ello la invasión injustificada de tal espacio por parte de aquel, entrando en dependencias de acceso restringido, puso en riesgo efectivo el bien jurídico protegido por el tipo penal previsto en el artículo 203.1 CP, esto es la intimidad de la Sra. Nuria. Consecuentemente con ello debe considerarse su conducta penalmente relevante.

(STS 89/2022, de 4 febrero)

ARTÍCULO 263.2.4.º CP

Daños, afectar a bienes de dominio o uso público o comunal: se fundamenta en el menoscabo de la utilidad pública prestada por los bienes o en los perjuicios que ocasiona en el funcionamiento del servicio público a que los bienes se encuentran afectos, no siendo necesario que los bienes dañados sean de propiedad pública, pudiendo ser de propiedad privada afectos a un servicio público

La impugnación se plantea desde un doble argumento. En primer lugar, sostiene el recurrente que el tribunal de la apelación se ha excedido en su función al declarar la subsunción en el tipo agravado, por la naturaleza pública o comunal del bien sobre el que se realiza la acción típica, para lo que realiza una revaloración de la prueba, algo que excede de su función revisora. Expone que la sentencia de la primera instancia, al valorar la prueba dice, fundamento primero, «en nuestro caso apuntamos que no se ha practicado prueba sobre la titularidad de nuestro contenedor». Sin embargo, el tribunal de la apelación, partiendo de la consideración del bien como de propiedad privada de la empresa concesionaria, hecho admitido, afirma la condición de bien de uso

público o comunal por la afectación a un servicio público, como lo es la recogida de residuos urbanos que es competencia de la administración local, la cual puede desarrollarla por sí o por la vía de la concesión administrativa, como es el supuesto de esta casación en el que el contenedor era propiedad de la empresa concesionaria de la recogida de residuos, siendo suficiente para la aplicación del tipo agravado la consideración de la afectación a un servicio público.

En concreto, el Juzgado de lo Penal, afirma la titularidad privada de los contenedores y que «es un hecho notorio que dicha empresa es la encargada de la limpieza viaria y recogida de residuos en el Ayuntamiento de Barcelona en régimen de concesión administrativa», negando, no obstante, la cualificación de los bienes, como de dominio o uso público o comunal, al entender que es un concepto normativo y no hay disposición legal que disponga el carácter público del contenedor y no se ha «acreditado un acto normativo de afectación que le atribuya tal carácter», y esa atribución supondría una interpretación extensiva contra reo. La Audiencia, por el contrario, estima el recurso de la acusación pública y revoca la sentencia al considerar que el tipo agravado hace referencia a «bienes de dominio o uso público o comunal», señalando una alternativa, dominio o uso, que permite, desde una interpretación lógica, considerar que un contenedor afectado a la prestación de un servicio público, aunque no sea un bien de dominio público, es un bien de uso público o comunal, como lo entiende la generalidad de la ciudadanía, por la afectación a la prestación de un servicio público, como es la recogida de residuos urbanos, competencia de los entes locales que lo gestionan por sí o por el sistema de concesión administrativa.

Desarrolla un segundo argumento, propiamente por error de derecho, en el que destaca que la condición de bien público o comunal, es un elemento normativo cuyo contenido lo proporciona el Código civil, artículos 338 y 344, la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, artículos 4, 5 y 7 y el Reglamento de bienes de las entidades locales, artículo 2.3, de los que no resulta «que el bien del que hablamos entre dentro de los bienes de titularidad pública o de uso público». A juicio del recurrente, la interpretación realizada por el tribunal en la sentencia de la apelación, además de extravasar su fusión, revalorando la prueba, vulnera el principio de legalidad al realizar una interpretación analógica en perjuicio del reo de forma extensiva, contraria a las exigencias derivadas del principio de legalidad.

[...] El fundamento de la agravación, dijimos en la STS 983/2016, de 11 de enero de 2017, se halla en el menoscabo de la utilidad pública prestada por los locales o en los perjuicios que ocasiona en el funcionamiento del servicio público a que los bienes se encuentran afectos. Sobre este punto nuestro Código acoge la idea de que el bien dañado esté afecto a un servicio público, destacando que la afectación o vinculación a dicho servicio lo es sin exigencia añadida de que tal destino o aplicación lo sea en función a su especial naturaleza o por haber sido objeto de algún tipo de acondicionamiento.

En el caso de la casación no se discute la titularidad privada de los contenedores. Los bienes no son de dominio público y tampoco aparecen expresamente afectados al dominio público a través de un acto administrativo que así lo exprese. De conformidad con la legislación específica, Ley de Bases del Régimen Local, artículos 79 y siguientes, y la ley 33/2003 del Patrimonio de las Administraciones públicas, los contenedores ni son de dominio público ni aparecen afectados a la administración pública. Sin embargo, el presupuesto típico de la agravación no solo es el dominio público, también el uso público o comunal del bien sobre el que recae la acción.

La Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados establece como competencia municipal la recogida, el transporte y la gestión de residuos domésticos generados en los hogares, comercios y servicios. Por su parte, la Disposición Transitoria Segunda, dispone la obligación a los Ayuntamientos para que aprueben

ordenanzas antes del 31 de julio de 2013, en las que deben regular la gestión de este servicio en función de las características del mismo en cada municipio y de lo previsto en la Ley. Por último, el artículo 12 prevé que la prestación del servicio de gestión pueda ser realizada directamente o mediante cualquier otra forma de gestión prevista en la legislación sobre régimen local. Estas actividades podrán llevarse a cabo por cada entidad local de forma independiente o mediante asociación de varias Entidades Locales. Consecuentemente, el ordenamiento jurídico señala el carácter público de la gestión de residuos, que podrá prestarse directa, o indirectamente a partir del régimen de concesión administrativa, de manera que la prestación de ese servicio es competencia de la administración local, siendo indiferente que lo haga por sí o a través de una empresa concesionaria. Se trata de una modalidad de gestión de un servicio público esencial cuya prestación es competencia del Estado, concretamente, de la administración local.

El legislador penal al señalar la agravación no la refiere exclusivamente a la titularidad pública, por título dominical o por afectación, de un concreto bien, sino que lo referencia, como alternativa al dominio, al uso público o comunal. Esa alternativa permite ampliar la protección a los bienes que son destinados al cumplimiento de las competencias públicas, siendo indiferente que ese desarrollo de una competencia esencial la realice la Entidad Local o una empresa concesionaria, pues se trata de una opción de gestión de una competencia pública. Lo relevante es el destino del bien, el uso público o comunal, sobre el que recae la acción dirigida por la causación de daños. La elección del contenedor no es casual, sino elegida para perjudicar el servicio público que desarrolla.

La previsión normativa es clara, en orden a la naturaleza pública del servicio que el objeto incendiado presta. Lo relevante de cara a la concurrencia del tipo agravado no es tanto la titularidad, pública o privada del contenedor, que la sentencia considera de titularidad privada de la empresa concesionaria, sino la afectación a la prestación al servicio público de la recogida de residuos cumpliendo así una previsión legal que califica de competencia esencial de la Administración Local.

Desde la perspectiva expuesta, el contenedor sobre el que se realiza una acción de destrucción, que aparece dispuesto para la recogida de residuos, en el desarrollo de una competencia que el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración tiene la consideración de bien de uso público o comunal y rellena la tipicidad del artículo 263.2.4 CP.

(STS 92/2022, de 7 febrero)

ARTÍCULO 264 CP

Delito de daños informáticos: borrar, la acusada, en el momento de ser despedida de la empresa, todos los archivos relacionados con la actividad que había desempeñado en relación a la zona comercial de Portugal, de la que en dichos momentos era la única comercial encargada: sustancial gravedad de la acción realizada por la acusada, no sólo por la definitiva eliminación digital de los datos informáticos, sino porque su pérdida no fue susceptible de recuperación y hubo de reiterarse la actuación mercantil y administrativa que permitió su acumulación durante meses, y no puede eludirse que la recuperación suponía un esfuerzo de revisión de la facturación suficientemente intenso, ni puede ocultarse que el esfuerzo resulta en parte infructuoso a la vista del propio relato fáctico

5.1. El desarrollo de las nuevas tecnologías, basadas no sólo en la utilización de un conjunto de componentes que integran la parte material y la operatividad física de una computadora (*hardware*), sino en la utilización de datos y bases de datos que se

someten a los componentes lógicos (*software*) necesarios para posibilitar o facilitar el desarrollo de determinadas tareas, ha supuesto una revolución en el funcionamiento de las sociedades modernas, particularmente de las sociedades más desarrolladas y no sólo respecto de actividades complejas sino, incluso, de las más frecuentes y cotidianas. El dato informático, los documentos electrónicos y los programas informáticos, configuran un sustrato físico intangible en torno al cual gira, en mayor o menor medida, la práctica totalidad de la actividad comercial, científica, sanitaria o administrativa actual, así como una parte muy significativa de los derechos individuales de los ciudadanos o de su actividad diaria, como la intimidad, las comunicaciones, la propiedad o su ideología y creencias. Cualquier faceta personal o colectiva en un mundo interconectado descansa hoy en la utilización de los datos digitales, de sus colecciones o de los programas informáticos que, sobre su base, operan en la gestión de cualquier interés o actividad. Lo que ha supuesto, con esta evolución y creciente relevancia, que hayan encontrado espacio nuevos fenómenos delictivos que son el resultado de un uso indebido de la tecnología y que se manifiestan, entre otras formas, mediante la realización de acciones exclusivamente dirigidas a impedir que el tenedor del elemento inmaterial que permite cada proceso digital pueda servirse de él y sufra con ello un perjuicio en cualquiera de sus intereses.

La importante difusión de los delitos informáticos ha conducido a una regulación nacional y supra estatal que tiene sus orígenes en el Convenio sobre Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001 (*BOE* núm. 226, de 17 de noviembre de 2010), con el que se pretendió establecer una armonización entre las regulaciones penales de los Estados firmantes, reflejando su preámbulo que el Convenio «resulta necesario para prevenir los actos dirigidos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los sistemas informáticos, redes y datos informáticos, así como el abuso de dichos sistemas, redes y datos, mediante la tipificación de esos actos, tal y como se definen en el presente Convenio, y la asunción de poderes suficientes para luchar de forma efectiva contra dichos delitos, facilitando su detección, investigación y sanción, tanto a nivel nacional como internacional, y estableciendo disposiciones que permitan una cooperación internacional rápida y fiable».

El Convenio, ratificado por España el 3 de junio de 2010, contempló los daños informáticos en el artículo 1.b y en su artículo 4. El primer precepto fijaba el contenido semántico del término datos informáticos, entendiendo por tales como «cualquier representación de hechos, información o conceptos de una forma que permita el tratamiento informático, incluido un programa diseñado para que un sistema informático ejecute una función», estableciendo su artículo 4.1 que cada Estado parte adoptaría las medidas legislativas para tipificar como delito en su derecho interno la comisión deliberada e ilegítima de actos que dañen, borren, deterioren, alteren o supriman datos informáticos, añadiendo el número 4.2 que «Cualquier parte podrá reservarse el derecho a exigir que los actos definidos en el apartado 1 provoquen daños graves».

Las previsiones del Convenio, suscrito por los Estados miembros de la Unión Europea además de otros países como Canadá, Sudáfrica, Japón o los Estados Unidos de América, fue recogido con posterioridad por la Decisión Marco 2005-222-JAI del Consejo de Europa de 24 de febrero de 2005, que consideró la necesidad de llegar a un enfoque común respecto de los elementos constitutivos de las infracciones penales, así como prever sanciones para reprimir de manera disuasoria y proporcional los ataques contra los sistemas de información, estableciendo en su artículo 4 que «Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para que el acto intencionado, cometido sin autorización, de borrar, dañar, deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesibles datos informáticos contenidos en un sistema de información sea sancionable como infracción penal, al menos en los casos que no sean de menor gravedad».

En igual sentido, la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituyó la Decisión Marco anteriormente referenciada, insistió en proclamar datos informáticos, toda representación de hechos, informaciones o conceptos de una forma que permite su tratamiento por un sistema de información, incluidos los programas que sirven para hacer que dicho sistema de información realice una función (art. 2.a), reconociéndose en su artículo 5 la obligación de los Estados miembros de adoptar «... las medidas necesarias para que borrar, dañar, deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesibles datos informáticos contenidos en un sistema de información, intencionalmente y sin autorización, sea sancionable como infracción penal, al menos en los casos que no sean de menor gravedad».

5.2. Nuestro CP, en su redacción original dada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, introdujo en nuestro ordenamiento jurídico el delito de daños informáticos, al sancionar «al que por cualquier medio destruya, altere, inutilice o de cualquier otro modo dañe los datos, programas o documentos electrónicos ajenos contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos». Tipificación que fue modificada por la LO 5/2010 que, haciéndose eco de la posibilidad recogida en los instrumentos internacionales anteriormente expuestos, introdujeron la exigencia de una gravedad en la acción y en el resultado que, tras la reforma operada por LO 1/2015, el legislador aún mantiene con una redacción idéntica del tipo básico. Se sanciona así al que «por cualquier medio, sin autorización y de manera grave borrase, dañase, deteriorase, alterase, suprimiese o hiciese inaccesibles datos informáticos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos, cuando el resultado producido fuera grave».

Como ya indicamos en nuestra Sentencia 220/2020, de 22 de mayo, no es fácil modular la gravedad de la acción cuando el tipo penal exige, además, de un resultado también grave. La taxatividad de la norma penal no sólo se resiente por la exigencia de que el comportamiento sea grave, sino por el requerimiento de que también se aprecie una gravedad en el resultado de la acción delictiva. Si la gravedad de una actuación delictiva es una conclusión que sólo puede alcanzarse a partir de la valoración que los jueces hagan de aspectos a veces singulares e irrepetibles del comportamiento, su definición es aún más compleja cuando la punibilidad de los hechos se hace depender de una doble gravedad, esto es, de una acción grave y de un resultado también grave, de suerte que resulta dificultoso delimitar donde termina la primera y empieza a medirse la segunda, o determinar la gravedad de una conducta sin introducir la dimensión del menoscabo que genera. y lo es más aún cuando la imprecisa dimensión de la antijuridicidad de los hechos puede conducir a la apreciación de un subtipo agravado o de otro hiperagravado, pues el primero se hace depender que la conducta «haya ocasionado daños de especial gravedad» (art. 264.2.2.ª) y el segundo de que los hechos «hubieran resultado de extrema gravedad» (último párrafo del art. 264.2).

Pese a estas dificultades, concluimos que la gravedad de la acción no debe observarse a partir del mecanismo que se emplee para llevar a término la acción típica, pues el propio legislador plasma la punición de la conducta con independencia de cuál sea el medio que se emplee para borrar, dañar, deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesibles los datos informáticos, los programas informáticos o los documentos electrónicos ajenos, habiendo previsto como una agravación específica cuando el autor actúe por medio de programas informáticos concebidos o adaptados principalmente para cometer la acción, o cuando emplee para ello una contraseña, un código o un dato de acceso al sistema de información para cuyo uso no estuviera el sujeto activo legítimamente autorizado (art. 264.2.5.ª, en relación con el art. 264 ter CP).

La gravedad de la acción viene determinada por el daño funcional que el comportamiento genere, resultando atípicas todas aquellas actuaciones que, pese a satisfacer

objetivamente alguna de las modalidades de obrar previstas en el tipo penal, resulten cualitativa o cuantitativamente irrelevantes para que el servicio o el sistema operen de manera rigurosa. Solo si la función digital deviene imposible o si se trastoca de manera relevante la utilidad o facilitación que introduce, la actuación dolosa de pervertir el sistema puede llegar a merecer el reproche penal.

En todo caso, la tipicidad exige además que la disfunción electrónica genere un resultado realmente gravoso para el titular de los instrumentos digitales. Nuestra sentencia anteriormente citada, atendiendo a que el supuesto que resolvíamos consistió en la eliminación de unos datos después recuperados de la «papelera de reciclaje» y compartiendo la posición sustentada en la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 3/2017, proclamaba que la gravedad típica se alcanza cuando es imposible recuperar la operatividad del sistema o cuando su recomposición es difícilmente reversible sin notables esfuerzos de dedicación técnica y económica. Debe observarse que las unidades o procesos informáticos que aquí se protegen, son elementos intangibles que no siempre presentan un valor económico intrínseco, ni siquiera lo tienen por el valor estimado de una recuperación incierta. El borrado del histórico fotográfico digital que una persona acopia durante toda su vida o la pérdida de las pruebas diagnósticas y evolución que conforman su largo historial médico, ni son susceptibles de valoración intrínseca, ni existe la posibilidad de cuantificar el coste del trabajo preciso para una recuperación imposible, lo que no impide apreciar la trascendencia del perjuicio y lo dañino del resultado.

5.3. Esta configuración del tipo penal analizado, conduce a la estimación del recurso de casación interpuesto, por contrariar la sentencia impugnada la doctrina de esta Sala.

El relato de hechos probados describe la sustancial gravedad de la acción realizada por la acusada, no sólo por la definitiva eliminación digital de los datos informáticos, sino porque su pérdida no fue susceptible de recuperación y hubo de reiterarse la actuación mercantil y administrativa que permitió su acumulación durante meses. y aun cuando la sentencia impugnada objeta que los datos que se borraron fueron los correspondientes a los clientes que la empresa tenía en Portugal y que esos datos estaban replicados en el departamento de administración para suministrar y facturar los pedidos, ni puede eludirse que la recuperación suponía un esfuerzo de revisión de la facturación suficientemente intenso, ni puede ocultarse que el esfuerzo resulta en parte infructuoso a la vista del propio relato fáctico. Aun cuando la empresa pudiera rescatar y recomponer con esfuerzo la identidad, la dirección y los pedidos de los clientes de Portugal que contrataron durante el tiempo que la acusada trabajó en la empresa e incluso anteriormente, el relato fáctico describe una pérdida de información de mayor extensión. La sentencia observa que la acusada llevaba esa zona comercial de manera exclusiva, aun cuando subraya que en el pasado la había trabajado con otra empleada ya despedida. En todo caso, el relato histórico recoge que se borraron todos los contactos mantenidos vía *email* con los clientes de esa zona, así como un archivo Excel que recogía, además de la relación de todos clientes, el tipo de empresa que era, la clase y la marca de consumibles que más comercializaba cada uno, su volumen de compra, los proveedores con los que trabajaban, el descuento que se aplicaba a cada uno de ellos o las condiciones de los portes y de las formas de pago que tenían definidos. De ese modo, se describe que se borraron los correos electrónicos intercambiados con potenciales clientes que habían rechazado contratar, siendo que tales documentos permitían evaluar si persistía o no el interés comercial de insistir en otro momento o con otras condiciones, y respecto de los clientes que habían materializado sus compras se perdieron definitivamente aspectos de relevante interés comercial, como los productos que más compraban, el tipo de descuento que se les

aplicaba o las condiciones de pago que a cada uno se ofrecía. En concreto, se deja constancia de que estos archivos pasaron de ocupar 778 Mb a 78 Mb, esto es, soportaron un denso borrado de 700 Mb de información, que no pudo ser recuperada pese a los esfuerzos que se emplearon en ello.

De otro lado, también se describe la realidad de un grave resultado. El relato de hechos probados proclama que la actividad comercial de la entidad recurrente consiste en las ventas mayoristas a distribuidores del mercado nacional e internacional de artículos informáticos y proclama que la mercantil contrató a la acusada como teleoperadora para la zona de Portugal. Afirma que la acusada trabajó en esa actividad durante cuatro meses y que al momento de su despido no había otra empleada que se ocupara de esa zona territorial, perfilando la fundamentación que la actividad la había compartido durante tres meses con Caridad. Aun cuando la destrucción se hubiera limitado a los datos comerciales de este periodo (lo que debe presumirse en la medida en que la sentencia de instancia no aclara si los archivos borrados incluían la actividad comercial de anteriores empleadas), el Juzgador concluye que se causaron unos indudables perjuicios económicos, organizativos y reputacionales. Económicos, por declararse probado que se perdió el resultado del esfuerzo laboral retribuido de dos empleadas que trabajaron durante tres y cuatro meses respectivamente para ese mercado. Organizativos, por declararse también probado que la actuación destructiva de la acusada dificultó el seguimiento y la comunicación con los clientes del área de Portugal, por más que los listados de clientes pudieran recomponerse, no sin un indudable esfuerzo, inventariando la facturación de diario de todo ese periodo de tiempo. Reputacional, por estar probada la demora en la tramitación de las ventas ya efectuadas que proclama el Tribunal de instancia. Se plasma así la entidad de los perjuicios derivados de la acción delictiva, perfectamente adecuados a la intención de perjudicar que impulsó a la acusada y claramente acompañados con unos trastornos importantes en el devenir de una actividad empresarial que giraba en torno al contacto telefónico, por más que no exista una cuantificación económica del daño emergente o del lucro cesante que generaron.

(STS 91/2022, de 7 febrero)

ARTÍCULOS 379.2 Y 384 CP

Delitos contra la seguridad vial: los delitos de conducción en estado de embriaguez y conducción habiendo sido privado del permiso correspondiente son delitos de peligro abstracto, en los que el comportamiento del conductor no llega a poner en riesgo la vida o la integridad de alguna o algunas personas en particular, bastando con la probabilidad de que así hubiera sido. Concurso ideal de delitos: constituye una sola acción en concurso ideal de delitos la conducción de un vehículo de motor bajo los efectos de la previa ingesta de bebidas alcohólicas y a la vez quebrantando la resolución judicial por la que había sido privado del permiso

1. El presente recurso de casación se construye sobre la base de un solo motivo de impugnación. A partir del relato de hechos probados que, en su lugar, se consignó, el Juzgado de lo Penal número 2 de San Sebastián resolvió condenar al acusado como autor de sendos delitos de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas (previsto en el art. 379.2 CP) y de conducción, tras haber sido privado del permiso o licencia por decisión judicial (art. 384 del mismo texto legal), en relación de concurso

real entre ambos, por lo que, en consecuencia, impuso las penas correspondientes a cada uno de ellos.

Considera el recurrente, sin embargo, que la relación concursal entre ambos ilícitos penales debe ser reputada como ideal y, por eso, que resultarían de aplicación las prevenciones contenidas en el artículo 77.1 y 2 CP (que se tiene así por indebidamente inaplicado) y no las que preceptúa el artículo 73 del mismo texto legal (que se tiene, en cambio, por aplicado indebidamente). Esta fue, en realidad, la pretensión que ya mantuvo previamente al interponer recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia, solicitando, como lo hace también ahora, que se impusiera al condenado la pena de multa, sin concretar su extensión, en lugar de la de prisión; y privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores por tiempo de un año. El Ministerio Fiscal apoya el motivo de impugnación por lo que respecta a la relación de concurso ideal que también considera concurre.

2. Los razonamientos del recurrente, sin embargo, no encontraron acogida en la Audiencia Provincial de Guipúzcoa que, en línea con semejantes precedentes de otros Tribunales provinciales y, frente a lo mantenido en otros, entendió, en sustancia, que: «En el caso concreto, la declaración probatoria traslada que el Sr. José Antonio conducía un vehículo a motor careciendo de permiso que le habilitaba para conducir vehículos a motor y, además, lo hacía bajo la influencia del consumo abusivo de bebidas alcohólicas.

Conforme a lo anterior, se ejecutan dos hechos o acciones típicas desde la perspectiva de la unidad natural de acción: una, conducir con la capacidad de conducción menoscabada por el consumo excesivo de alcohol y, otra, hacerlo sin encontrarse legalmente habilitado para ello. Consecuentemente, se trata de hechos distintos que afectan al mismo bien jurídico –la seguridad vial– pero de forma distinta, sin que, además, una de ellas sea medio necesario para cometer la otra. Por ello, estamos, tal y como la sentencia recurrida describe, ante un concurso real de delitos, que se sanciona conforme a lo dispuesto en el artículo 73.1 CP».

Segundo. 1. Participa este Tribunal Supremo, en buena parte al menos, del punto de vista expresado por el recurrente, con cita de los argumentos que se contienen en la Circular 10/2011, de 17 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado, en particular en su párrafo XV.1.c).

Ambas figuras delictivas en concurso, artículos 379.2 y 384 CP, presentan elementos comunes en cuanto las dos tienen a la seguridad vial como bien jurídico protegido y también en tanto que ambas pertenecen a la categoría de los denominados delitos de peligro abstracto. Tanto la conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas, como la que se realiza sin haber obtenido el correspondiente permiso –o habiendo decaído la vigencia de éste por pérdida de los puntos asignados legalmente o tras haber sido privado, cautelar o definitivamente, del mismo por resolución administrativa o judicial–, incorporan en sí mismas a la seguridad vial un riesgo cierto (abstracto), sin necesidad, en consecuencia, de que llegue a materializarse ninguna situación concreta de peligro. No por nada se agrupan ambos sistemáticamente en el capítulo IV, «de los delitos contra la seguridad vial», del título XVII, «de los delitos contra la seguridad colectiva», del libro II CP.

2. Si en ambos casos se trata de delitos de peligro abstracto que inciden, incrementándolo, en un mismo marco de actividad, la seguridad vial, bien podría considerarse la hipótesis de que la relación entre ambos hubiera de ser regida por el llamado concurso de normas (art. 8 CP). Importa no perder de vista, antes de continuar el discurso, que los denominados delitos de peligro abstracto se construyen sobre la base de un razonamiento, naturalmente implícito, que toma como referencia criterios de probabilidad estadística. El tráfico rodado se presenta hoy como una actividad irrenun-

ciable en el marco de las sociedades modernas o en proceso de modernización. Junto a los incontables beneficios que comporta, nadie desconoce que en su desarrollo se producen también muy numerosas tragedias, sesgando numerosas vidas, provocando lesiones –gravísimas, graves y leves–, y daños materiales significativos. Las sociedades modernas, sin embargo, y la nuestra entre ellas, operando con un cálculo de coste/beneficio, ha resuelto no renunciar al ejercicio de dichas actividades, aunque sometiendo su desarrollo a rígidos controles administrativos y procediendo a socializar la carga de los daños que indefectiblemente habrán de producirse a través, fundamentalmente, de la figura del seguro obligatorio.

Por lo que al Derecho penal respecta, es claro que los comportamientos de los conductores que determinan la producción de resultados lesivos como los descritos, podrán resultar constitutivos de delito, ya en aquellos supuestos, menos frecuentes, en los que merezcan calificarse como dolosos (bien sea por dolo directo o por dolo eventual); bien, en aquellos otros, más habituales, en los que el reproche se construya sobre la base de la imprudencia grave o menos grave. Desde antiguo, sin embargo, ha sentido el legislador penal la necesidad de dispensar esta clase de sanciones también para aquellos comportamientos en los que el conductor introduce en este ámbito de actividad, ya objetivamente peligrosa, un inaceptable incremento del riesgo, que le resulta personalmente imputable, aun sin materializarse en resultado dañoso alguno, pero poniendo en concreto peligro la vida o la integridad de una o varias personas (art. 380.1 del Código, por ejemplo). Dichas conductas, en la terminología más generalizada, suelen encuadrarse en la categoría de los delitos de peligro concreto. Se decide de este modo anticipar la barrera de protección penal, sin necesidad de esperar, para que proceda la represión penal de la conducta, a la efectiva producción del daño que quiere evitarse. En tales casos, el comportamiento protagonizado por el conductor, censurable ya considerado *ex ante*, llega a producir un riesgo, cierto y concreto, que finalmente, y por diversas razones, no llega a materializarse en la existencia de un daño. Dicha conducta no es solo hipotética o abstractamente peligrosa si no que, también considerada *ex post*, evidencia su concreta aptitud para lesionar los bienes jurídicos que se tratan de proteger aquí, aun cuando, en el caso y tantas veces por razones ajenas al control del propio conductor, no lleguen a producirse los daños.

Todas estas prevenciones, sin embargo, se han considerado insuficientes, optándose por desplazar la «barrera de protección penal» a un estadio anterior. Se trata de ilícitos, como los que aquí importan, que se enmarcan en la categoría de los conocidos como delitos de peligro abstracto (de peligro abstracto/concreto o peligro hipotético). En tales casos, no es solo que el comportamiento del conductor no llegue a producir ningún resultado lesivo, sino que se prescinde también de que, por diferentes razones, tampoco la censurable conducción hubiera llegado a poner siquiera en riesgo la vida o la integridad de alguna o algunas personas en particular. Basta con la probabilidad de que así hubiera sido, sirve el riesgo hipotético, el que pudo haber tenido lugar. y es en este sentido que decíamos que la justificación de la represión penal de estas conductas descansa, en último término, en criterios de probabilidad estadística. Resulta, por ejemplo, estadísticamente tan frecuente que la conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas y, en consecuencia, con merma de las ordinarias aptitudes psicofísicas del piloto, resulte ser la causa de trágicos resultados, que aquella se alcanza ya para colmar las exigencias típicas del artículo 379.2, por más que dicho resultado no llegara a producirse e, incluso, cuando, en realidad, y también por el motivo que fuese, no llegara a ponerse siquiera en concreto peligro la vida o la integridad de ninguna persona en particular. Existió un riesgo potencial, hipotético, abstracto, que se considera ya bastante por el legislador para justificar la represión penal de dichas conductas.

A nadie escapan, empero, los «riesgos» que comporta también el adelantamiento continuo de la barrera de protección penal, cuyo ordenamiento, como de sobra resulta conocido, descansa en los principios de intervención mínima, fragmentariedad y subsidiariedad. Esos riesgos de hipertrofia punitiva ni han escapado al legislador ni han dejado de advertirse tampoco por la jurisprudencia.

Sirven, respecto a lo segundo, de botón de muestra, las reflexiones contenidas en nuestra reciente sentencia, también de Pleno, número 48/2020, de 27 de mayo, cuando observa: El delito previsto en el artículo 379.2 del C. Penal es un delito de peligro abstracto. No se requiere, por tanto, la existencia de un resultado de peligro concreto ni tampoco de lesión. Ello no quiere decir que pueda hablarse de delito de peligro presunto, pues ha de concurrir siempre un peligro real, aunque genérico o abstracto, caracterizado por la peligrosidad *ex ante* de la conducta, pero sin necesidad de que ese peligro se materialice en la afectación de bienes jurídicos singulares. De modo que se exige siempre la existencia de una acción peligrosa (desvalor real de la acción) que haga posible un contacto con el bien jurídico tutelado por la norma (desvalor potencial del resultado), si bien cuando este contacto llegue a darse estaremos ya ante un delito de peligro concreto...En lo que respecta al bien jurídico tutelado por la norma, es patente que es la seguridad vial, pero considerada como bien jurídico intermedio que castiga los riesgos contra la vida y la integridad de las personas generados por la conducción de vehículos de motor, anticipando así la tutela de esos bienes personales sobre los que se materializa el injusto material que de forma indirecta o mediata se pretende evitar...

Para la resolución de la cuestión planteada debemos partir de que en el delito del artículo 379 se anticipa la tutela penal, lo que implica una expansión de la acción del ordenamiento punitivo que pretende adelantarse a la generación de riesgos manifiestos, lo cual ya es de por sí controvertido, la punición de la tentativa en este delito desnaturaliza definitivamente la tutela penal, hasta llevarla a hipótesis irracionales por exceso, porque estamos precisamente ante el castigo de la fase previa a la real afectación del bien jurídico, mediante un juicio de idoneidad *ex ante*, sin desvalor del resultado, ya que todas las tentativas punibles son *ex ante* peligrosas, aunque *ex post* todas ellas se revelen incapaces de consumación...

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 artículo 379 CP, suponen un nuevo marco penal, como instrumento preventivo que tipifica infracciones formales, que pueden entrar en fricción con principios básicos del Derecho 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.

También el legislador es consciente de que la regulación de esta clase de infracciones limita con un espacio delicado, «sensible». Por eso, no cualquier conducta descuidada que pudiera protagonizar un conductor (pongamos, la consulta rápida de unas notas, la utilización breve de un teléfono móvil, una velocidad superior a la reglamentariamente permitida...), cuando no llega a producir daño alguno, ni provoca tampoco la producción de un peligro concreto, aunque potencial, estadísticamente, peligrosa, con resultar administrativamente censurable, traspasa esos límites para

ingresar en el ámbito de la represión penal. El Derecho penal se reserva en este ámbito a un tipo de negligencias o conductas concretamente delimitadas, seleccionadas, por el precepto penal, por considerarlas el legislador estadísticamente más arriesgadas, en las que dicha situación de riesgo potencial o abstracto tiene lugar, aunque después no llegue a concretarse ni en un resultado lesivo ni siquiera en un riesgo concreto. Tal calificación merecen, por ejemplo, la conducción a una velocidad sensiblemente superior a la permitida (art. 379.1); la conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (art. 379.2); la realizada con manifiesto desprecio por la vida de los demás, sin haber puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas (art. 381.2); y la que se efectúe sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción o la realizada tras su pérdida de vigencia, no por cualquier motivo, si no como consecuencia de la pérdida total de los puntos asignados legalmente (art. 384, párrafo segundo).

En presencia de cualquiera de estas conductas, se advierte la existencia de un peligro abstracto, hipotético, estadístico, que incrementa por sí mismo y de una forma inadmisiblemente el riesgo de que los daños que estos preceptos tratan de evitar lleguen a producirse. Es altamente probable que el conductor ebrio, el que circula a una velocidad singularmente elevada, o el que de ningún modo ha acreditado su aptitud para conducir en aceptables condiciones de seguridad (ausencia de permiso) o, incluso, ha demostrado ya su inidoneidad (pérdida de puntos) produzca al pilotar un vehículo de motor o ciclomotor, graves daños. Sin necesidad de esperar a que estos se produzcan, ni aun de que el riesgo se ponga concretamente de manifiesto, el legislador ha decidido sancionarlos con el empleo de su instrumento pretendidamente más contundente (el Derecho penal).

En esta lógica cabría considerar que si la conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas, por ejemplo, incrementa inadmisiblemente el comentado riesgo y si, en semejante medida (idéntica pena) lo incrementa también quien conduce a una velocidad superior a los límites previstos en el artículo 379.1, la concurrencia de ambos comportamientos en un mismo conductor, en un mismo momento (velocidad muy excesiva y conducción bajo ingesta alcohólica) elevan el peligro casi en términos de progresión geométrica, justificando así la decisión adoptada en la sentencia que se recurre (bien es verdad, como veremos, que en un supuesto distinto), de reprimir la conducta por la vía del concurso real de delitos. Además, en tal caso, podría decirse que, antes de alcanzar los límites de velocidad prohibida, cierto tramo de la conducción habría tenido lugar hallándose el conductor bajo los efectos de bebidas alcohólicas. El autor crea primero un peligro (art. 379.2) y después otro, alcanzada la velocidad prohibida (art. 379.1) que, interactuando con el primero, es aún mayor. De igual modo, por ejemplo: si es peligrosa, hasta el punto de censurarse penalmente, la conducción de quien no ha justificado la aptitud necesaria para pilotar un vehículo de motor (nunca obtuvo el permiso o licencia), aunque no haya producido ningún daño ni haya llegado a crear ninguna situación concreta de riesgo, más lo será todavía si aquél se halla bajo los efectos de la previa ingesta de bebidas alcohólicas.

Sin embargo, esta clase de razonamiento, que arranca de la mayor intensidad, del incremento, del riesgo (abstracto), tropieza con algunas consistentes objeciones. Primero, desde criterios estrictamente sistemáticos, porque vendría a crear una suerte de *tertium genus* entre los clásicamente conocidos como delitos de peligro abstracto y los de peligro concreto. En los primeros, se requiere la creación de un peligro hipotético para la seguridad vial que se anuda por el legislador a la realización de ciertos ítems por él seleccionados (se escogen así y definen las causas que pueden provocar este riesgo penalmente reprochable, sin necesidad de que el riesgo llegue a concretarse y, desde luego, sin que se precise la efectiva producción de un resultado lesivo).

Inversamente, otras conductas que también incrementan estadísticamente el riesgo para la seguridad vial, generadas por otras causas (rápida ojeada al móvil, por ejemplo), son ignoradas, en esas mismas circunstancias, por el legislador penal. Los últimos, delitos de peligro concreto, vendrían representados por aquellas conductas en las que su sanción penal, más grave *ceteris paribus*, no se conforma con la creación de un riesgo hipotético, sino que precisa la producción de un concreto peligro para la vida o la integridad de las personas. Y, entre ambas categorías (riesgo abstracto/riesgo concreto), se abriría un espacio enderezado a sancionar conductas en las que el riesgo creado, hipotético, sin llegar a concretarse, sí presentara una mayor entidad, como consecuencia de su multiplicidad de causas (siempre de entre las previamente escogidas por el legislador para conformar los delitos de peligro abstracto). Si no fuera así, es decir, si se impugnara, la existencia de un espacio para esta categoría dogmática, resultaría obligado convenir en que quien conduce, por ejemplo, sin haber obtenido nunca un permiso que le habilite para ello y lo hace, además, bajo la influencia de bebidas alcohólicas, debería ser sancionado conforme a las reglas del concurso de normas, siendo que la completa dimensión antijurídica de su conducta (por lo que respecta a la creación de un peligro abstracto penalmente relevante para la seguridad vial) estaría ya contemplada íntegramente por el precepto que determina la imposición de una pena más grave.

Pero las objeciones no se agotan en el terreno taxonómico si no que proceden también de razonamientos teleológicos. Si lo que el legislador sanciona en los delitos de peligro abstracto es la creación de un riesgo, producido como consecuencia de determinados comportamientos seleccionados (con exclusión, por tanto, de otros, censurables en el plano estrictamente administrativo), riesgo que, ha de ser existente, aunque solo en un plano ideal o abstracto (hipotético), sin necesidad de que llegue a materializarse en una concreta situación de peligro (ni, por descontado, en un resultado dañoso); aquel riesgo hipotético podrá, desde luego, existir o no, pero, existiendo, difícilmente podrá modularse o cuantificarse (más/menos riesgo hipotético). Sí lo que sabemos del suceso es que dio lugar a la creación de un riesgo meramente potencial, (no quiere decirse insignificante), que no se concretó después en situación de peligro alguna, la valoración relativa a las mayores o menores posibilidades de que aquel riesgo concreto hubiera podido presentarse, dependerá de factores que, a menudo, no solo van a escapar a las facultades del autor sino también a las del intérprete de la norma, al permanecer en un plano, el de la mera hipótesis (¿qué hubiera pasado si...?), particularmente evanescente. Del mismo modo que en el caso de los delitos de peligro concreto, una vez determinada su existencia, no es fácil graduar las probabilidades de que aquél hubiera podido llegar a causar una lesión efectiva en la vida o integridad de las personas; no lo es tampoco determinar, en el plano del peligro abstracto, cuantas probabilidades habría, más o menos, de que aquel riesgo hipotético hubiera producido, aunque sabemos que no llegó a causarlo, un riesgo concreto.

Podrá decirse que la dificultad de la encomienda no excusa de la necesidad de abordarla. Mas, aunque tratásemos de hacerlo, aun habríamos de enfrentarnos a una nueva paradoja. Si se acepta que el peligro abstracto provocado por un conductor que no ha justificado su habilidad (sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción) es mayor (o menor) que el que causa un conductor habilitado que pilota bajo los efectos de bebidas alcohólicas. Y si se parte también de que ese peligro, no obstante, es inferior al que provocaría ese mismo conductor no habilitado si condujera, además, bajo los efectos de bebidas alcohólicas (y al extremo, aún sería mayor si lo hiciera también a velocidad acusadamente inadecuada por excesiva), todo ello por más que en ninguno de los casos llegó a producirse, no ya una lesión de vida o integridad, sino ni siquiera un peligro concreto de que ésta tuviera lugar, habría también

de responderse a la pregunta relativa a por qué entonces el peligro abstracto es el mismo, a los efectos de la calificación jurídico penal de los hechos, cuando el conductor se encuentra completamente ebrio que cuando sobrepasa en poco las típicas magnitudes de alcohol en el metabolismo, o por qué es también igual el peligro abstracto generado por un conductor que circula a doscientos kilómetros por hora en una auto-vía que el que provocaría quien lo hiciese a doscientos sesenta kilómetros por hora.

Resultaría así plausible que, justificada la creación de un riesgo abstracto para la seguridad vial, consecuencia de la realización por el sujeto activo del delito de alguna de las conductas descritas en los diferentes tipos penales que sancionan esta clase de ilícitos, el bien jurídico protegido en ellos (inmediatamente la seguridad del tráfico y, a través suyo, la vida e integridad de las personas) resulta lesionado en la misma medida, con independencia de la causa o causas concretas que lo produjeron, sin que el eventual concurso de varias de ellas incremente de forma sustancial la antijuridicidad de la conducta. Quien conduce bajo la influencia de bebidas alcohólicas genera un riesgo abstracto para la seguridad vial, disponga o no de permiso o licencia para conducir, circule o no a velocidad exageradamente excesiva; y ese mismo peligro (abstracto) lo genera también quien conduce a velocidad extraordinariamente excesiva, disponga o no de permiso para conducir, haya ingerido o no una cantidad significativa de bebidas alcohólicas. Cuando son varias las causas concurrentes, la creación de un riesgo abstracto, que no llegó a generar ningún peligro concreto, no varía sustancialmente a los efectos de su calificación jurídico penal. La cuestión, en esta línea de razonamiento, debería ser resuelta con aplicación de las reglas del concurso de normas, sin perjuicio, como es lógico, de que haya de ponderarse la gravedad del hecho (o las circunstancias personales del delincuente) a la hora de proceder a la individualización de la pena.

Tercero. El supuesto que se somete ahora a nuestra consideración presenta, sin embargo, particularidades no despreciables, debidamente ponderadas en su informe por el Ministerio Público. El acusado no solo conducía un vehículo de motor bajo los relevantes efectos de la previa ingesta de bebidas alcohólicas (art. 379.2) sino que, además, lo hacía quebrantando la resolución judicial por la que había sido privado del permiso o licencia (art. 384, párrafo segundo). Si este último precepto no existiera, es claro que su comportamiento sería reconducible, por lo que a la vulneración de la pena que le fue impuesta respecta, a las previsiones contenidas en el artículo 468 CP (quebrantamiento de condena, castigado, en el caso, con una pena de multa). Ello permite comprender que esta modalidad delictiva, contemplada en el artículo 384, –la conducción, tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia–, presenta una naturaleza pluriofensiva. De una parte, la conducta se reputa bastante para la creación de un riesgo abstracto en la seguridad del tráfico, habida cuenta de que su conductor incurrió ya en un motivo serio para desconfiar de su habilidad para hacerlo; y, de otra, se lesiona también el bien jurídico relativo a la protección del cumplimiento de las resoluciones judiciales, en tanto se desatiende lo definitiva o cautelarmente ordenado por la autoridad judicial. En estos casos, la antijuridicidad de la conducta no se agota, por eso, en la creación de un riesgo abstracto para la seguridad del tráfico, contemplado en exclusiva en el artículo 379.2, sino que lesiona también un bien jurídico diverso: «un solo hecho constituye dos o más delitos», por emplear la terminología utilizada en el artículo 77.1 CP, cuando regula el llamado concurso ideal propio.

No se trata aquí, a nuestro juicio, frente a lo asegurado en la resolución impugnada, de dos hechos diferentes. La Audiencia Provincial despeja la cuestión señalando que: «se ejecutan dos hechos o acciones típicas desde la perspectiva de la unidad natural de acción: una, conducir con la capacidad de conducción menoscabada por el consumo excesivo de alcohol y, otra, hacerlo sin encontrarse legalmente habili-

tado para ello. Consecuente, se trata de hechos distintos que afectan al mismo bien jurídico, –la seguridad vial–, pero de forma distinta, sin que además ninguna de ellas sea medio necesario para cometer la otra. Por ello, estamos, tal y como la sentencia recurrida describe, ante un concurso real de delitos, que se sanciona conforme a lo dispuesto en el artículo 73.1 CP».

Este razonamiento, ciertamente, no termina de comprenderse con claridad, habida cuenta de que, si se apela a la «perspectiva de la unidad natural de acción», más parece que habría de llegarse a la solución contraria: un solo hecho y no dos. Pero es que, además, resulta claro que, aunque la valoración jurídica de la conducta pueda efectuarse desde diferentes ángulos, lo cierto es que quien, privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia para conducir, vulnera esa prohibición tras haber ingerido una determinada cantidad de alcohol, protagoniza un solo hecho, una sola acción, por más que la misma pueda resultar censurable desde diferentes normas jurídicas. Como plásticamente observa el Ministerio Fiscal al tiempo de apoyar este motivo del recurso: «Es una sola acción con un supuesto fáctico incardinable en dos tipos legales».

2. Partiendo de este mismo criterio (una sola acción) y de la naturaleza pluriofensiva del delito previsto en el artículo 384 CP, la Fiscalía General del Estado, en su Circular 10/2011, de 17 de noviembre, concluye que, a su parecer, «entre los delitos del artículo 384 y los de los artículos 379, 380 y 381: concurso ideal». En efecto, en la misma se explica, con relación a los diferentes supuestos contemplados en el artículo 384, en su articulación con el artículo 379, que: «No parece procedente aplicar el concurso de normas. Los delitos del artículo 384 incisos 1, 2 y 3 ofrecen perspectivas de tutela diferenciadas como son el respeto a la Administración de Justicia y al principio de autoridad ínsito en el ejercicio de las potestades administrativas de vigilancia, control y sanción en el tráfico viario». Es decir, quien, pilotando un vehículo sin haber obtenido nunca el correspondiente permiso (sin vigencia por pérdida de puntos, o tras su retirada, cautelar o definitiva, por disposición judicial), conduce, además bajo los efectos de una previa ingesta de bebidas alcohólicas, no solamente pone en peligro la seguridad vial, desbordando el reproche ya contenido en el artículo 379, sino que enfrenta el principio de autoridad ínsito en el ejercicio de las potestades administrativas (conduce sin licencia o con ella caducada por la pérdida de todos los puntos) o contraviene el cumplimiento de las órdenes judiciales (privación, cautelar o definitiva, del derecho a conducir). Así pues, el reproche que se contiene en el artículo 379, precepto más grave por lo que se explicará, no contempla la totalidad del injusto efectivamente producido, lo que justifica la necesidad de acudir al concurso ideal de delitos. Una sola acción que lesiona varios bienes jurídicos de tal modo que ninguno de los preceptos concurrentes abarca en su totalidad el reproche que merece la conducta.

Resulta obligado aún profundizar en el problema, no sencillo, que se somete aquí a nuestra consideración. La aplicación de las reglas previstas para el concurso ideal (art. 77.1 y 2), determina la necesidad de imponer en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave. El artículo 379 CP, tanto en su número primero como en el segundo, sanciona la conducta de quien conduce un vehículo de motor o un ciclomotor a una velocidad superior a determinados parámetros o bajo los efectos de bebidas alcohólicas, con las penas de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses, o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días y, en cualquier caso, con la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a un año e inferior a cuatro. Por su parte, el artículo 384 sanciona a quienes condujeran esas mismas máquinas tras haber perdido la vigencia del permiso o licencia por pérdida total de puntos, sin haber obtenido nunca dicho permiso o licencia, o tras haber sido privado, cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial,

también con una pena alternativa (prisión, multa o trabajos en beneficio de la comunidad), en todos los casos con la misma extensión que el artículo 379 (prisión de tres a seis meses; trabajos en beneficio de la comunidad entre 31 y 90 días), salvo por lo que respecta a la pena de multa (cuyo suelo se sitúa aquí en doce meses, –no en seis– y su límite máximo en veinticuatro, –no en doce–). Sin embargo, el artículo 379, añade, en todo caso (pena conjunta), la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores; previsión que no se contempla en el artículo 384.

Dicho panorama obliga a determinar cuál de los preceptos concurrentes resulta ser el más grave. Ciertamente que las penas alternativas contempladas en ambos preceptos (prisión, multa o trabajos en beneficio de la comunidad) resultan ser las mismas, por más que una de ellas, la multa, resulte ligeramente superior en el caso del artículo 384. Sin embargo, ha de reputarse más grave el delito contenido en el artículo 379.2 en la medida en que éste añade la imposición de una pena conjunta (privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores), que el otro precepto omite. Por eso, con la aplicación del precepto más grave, artículo 379.2, no puede considerarse colmada la totalidad del injusto que la conducta protagonizada por el acusado comporta, en tanto aquél no contempla la desobediencia o el quebrantamiento que la conducción sin licencia representa.

Por lo hasta aquí explicado consideramos que la cuestión debe resolverse con aplicación de las reglas relativas al concurso ideal de delitos y no con las regulan el concurso real.

(STS 105/2022, de 9 febrero)

ARTÍCULO 384.2 CP

Conducción sin haber obtenido permiso o licencia. Vehículos de movilidad personal (ciclomotores eléctricos): no cabe su consideración automática como ciclomotores a los efectos del tipo penal. Necesidad de realizar un informe pericial para fijar las características de cada uno de ellos, sin que los datos dados por el fabricante puedan servir por sí solos para ello

En el caso sometido a nuestra consideración casacional, el instrumento de movilidad conducido por la acusada, y que es objeto de análisis en la resolución judicial recurrida, que por cierto no lo clasifica, en sus hechos probados, como ciclomotor, tanto podría ser un VMP, como no responder a esta categoría, y tratarse de facto en un ciclomotor, sustancialmente porque faltan datos, como es si contaba o no, con sistema de auto-equilibrado, y tampoco se expresa si el motor eléctrico con el que está dotado puede proporcionar al vehículo una velocidad máxima por diseño comprendida entre 6 y 25 km/h, y sobre ambos aspectos, los hechos probados guardan silencio, y ambos son datos sustanciales, una vez que el vehículo ha sido clasificado por la Audiencia como un VMP.

En suma, no todo vehículo de dos ruedas que no alcance la potencia en motor señalada en la descripción europea o nacional, puede ser considerado, sin más, un ciclomotor.

Así lo expresa, con todo acierto, el Dictamen 2/2021, del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial: «desde un examen superficial, una interpretación laxa y automática de las citadas disposiciones de la LSV, que no tenían presentes las nuevas formas de movilidad en el momento de su promulgación, podría erróneamente conducir a entender, de forma indiscriminada, que cualquier artefacto de dos, tres o cuatro

ruedas dotado de motor que no alcanzase potencias superiores a las citadas ni velocidades por encima de 45 km/h tendría la consideración de ciclomotor, de suerte que, bajo este prisma, la práctica totalidad de los aparatos que actualmente se comercializan como VMP (o cualquier otro imaginable por debajo de esos niveles de potencia o velocidad) entraría en el concepto legal, aserto muy alejado de la realidad concreta de la mayoría de estos vehículos. Por su parte, la nueva definición citada de los VMP como categoría autónoma (e independiente de otras, como las de vehículos a motor y ciclomotores) introducida, como se dijo, en el RGV por el citado RD 970/2020, permitirá categorizarlos técnicamente y, por ello, diferenciarlos de otro tipo de vehículos, entre ellos los ciclomotores».

De manera que los VMP y los ciclomotores son vehículos con conceptualizaciones normativas diferentes en nuestra legislación interna.

Por ello, los VMP constituyen una categoría nueva de vehículos, y desde esta perspectiva, debe ser enjuiciado este recurso de casación. En esencia, conforme al Dictamen citado, destacan los siguientes criterios definitorios: 1. Los VMP son una categoría de vehículos. 2. No pertenecen a ella los incluidos en el ámbito de aplicación de la norma reglamentaria europea, entre los que se encuentran los ciclomotores, como tampoco los vehículos sin sistema de autoequilibrado y con sillín (sujetos al ámbito del Reglamento UE en virtud de su artículo 2). 3. Los VMP son una categoría autónoma, definida de forma independiente en el Anexo II RGV y separada de los vehículos a motor (la nueva definición de éstos dada por el RD 970/2020 excluye expresamente del concepto a los VMP como se dijo), ciclomotores, ciclos de motor y bicicletas de pedales con pedaleo asistido, por lo que carecen de consideración penal (otra cosa ocurrirá, como decíamos, con los vehículos mal llamados VMP que, en realidad, no lo son, y que, por tanto, podrían alcanzar la estimación hipotética «mínima» de ciclomotor, al amparo del Reglamento UE en relación con la LSV y RGV).

Por ello, no es posible, hoy por hoy, incriminar la conducción de los VMP en las infracciones penales del Capítulo IV del Título XVII CP, pues no están incluidos en las correlativas fórmulas típicas. Todo ello salvo que se haga un uso fraudulento de estas categorías para camuflar, tras una aparente clasificación VMP, lo que es auténticamente, cuanto menos, un ciclomotor (incluso una motocicleta), intentando burlar de esa forma la reglamentación referida a la exigencia de licencia, que daría lugar al delito objeto de este recurso, y otras normas, como la obligatoriedad del casco o del seguro, de ámbito administrativo, incidiendo –y eso es lo peor– en la seguridad vial, al poner en peligro real la seguridad personal de los demás usuarios de la vía.

Por todo ello, en el caso enjuiciado, si en los hechos probados constara que el vehículo conducido por la acusada, carece de sistema de autoequilibrado y cuenta con sillín, no podría en ningún caso conceptuarse como VMP en la definición del RGV y estaría sujeto como ciclomotor al encaje penal pretendido. Pero no lo dicen los hechos probados; tampoco la velocidad máxima de instrumento intervenido.

Hemos de tomar en consideración igualmente que quedan fuera de la categoría de VMP –por debajo– y del ámbito de aplicación del citado Reglamento (art.2.2.a), los vehículos cuya velocidad máxima por construcción no supere los 6 km/h (en realidad, juguetes), por lo que, conforme a la citada normativa y desde el prisma de su nula potencialidad lesiva, quedarían claramente fuera del concepto jurídico-penal que estamos examinando. De no ser así, tales aparatos tendrían dos ruedas, un sillín y un motor eléctrico, y a nadie se le ocurriría conceptuarles como ciclomotores. De ahí la importancia de la velocidad que puedan desarrollar, que es un dato esencial para incidir en el bien jurídico protegido: la seguridad vial.

Igual ocurre con los vehículos para personas de movilidad reducida, de acuerdo con el punto 12 del Anexo I LSV y el Anexo II RGV, que los excluye del concepto de

vehículo a motor, estando igualmente fuera del ámbito de aplicación del Reglamento europeo (art. 2.2.b referido a los vehículos destinados exclusivamente a ser utilizados por personas con discapacidad física).

En consecuencia, con los hechos probados, tal y como están reflejados, no es posible revocar la sentencia recurrida.

Finalmente anotamos que el enjuiciamiento de una conducción sin licencia ha de exigir la concurrencia en el *factum* de todos y cada uno de los elementos que configuran la conceptualización administrativa como ciclomotor, lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 LSV, la conducción tanto de vehículos a motor como de ciclomotores exigirá haber obtenido previamente el preceptivo permiso o licencia de conducción dirigido a verificar que el conductor tenga los requisitos de capacidad, conocimientos y habilidad necesarios para la conducción del vehículo, en los términos que se determine reglamentariamente. Ambos elementos son exigencias normativas del delito descrito en el artículo 384.2 CP.

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.

(STS 120/2022, de 10 febrero)

ARTÍCULO 390.1.2.º CP

Falsedades: simular un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad: existe simulación de documento total o parcial cuando el documento se crea expreso con la finalidad de acreditar un hecho o circunstancia inveraz, por inexistente, en el tráfico jurídico donde proyecta o debe proyectar la función de garantía que le es propia

14. Al parecer del recurrente, el juicio de tipicidad resulta inconsistente en la medida en que la sentencia no despeja la cuestión nuclear relativa a la propia simulación contractual que se afirma. A lo sumo, se afirma, el hecho probado identifica mutaciones de algunos contenidos contractuales, no la creación ni la simulación del contrato-documento, que resultarían atípicas por su carácter meramente ideológico. Los documentos

identifican un sustrato contractual real tanto en su dimensión objetiva como subjetiva. La antedatación y la inclusión de cláusulas contractuales no pactadas verbalmente no supone, se insiste, creación documental a los efectos del artículo 390.1.2.º CP. Sobre todo, si la propia sentencia no descarta que los documentos fueran otorgados por el recurrente antes de que cesara en su puesto de gerente de la Cooperativa.

15. El motivo tampoco puede prosperar con el alcance pretendido. Es cierto, no obstante, que en esta Sala Segunda se produjo una intensa polémica sobre cuál era el espacio de protección o de tipicidad del ordinal segundo del artículo 390.1 CP. En particular, si la falsedad solo podía ser relevante en cuanto supusiera una alteración, mediante su total o parcial simulación, del elemento de la autenticidad.

Así, para la primera de las líneas jurisprudenciales aun cuando el contenido documentado no se ajustara a la verdad si el documento –el continente– es confeccionado por aquel que realmente lo otorga, ya sea por disposición legal, negocial o voluntaria, no se compromete la autenticidad documental en sentido estricto. De ahí que solo quepa el reproche como falsedad ideológica si el otorgante reúne, además, la condición de funcionario público

Por contra, la segunda línea, la que finalmente se ha impuesto, considera que se produce total o parcial simulación cuando el documento se crea expreso con la finalidad de acreditar un hecho o circunstancia inveraz, por inexistente, en el tráfico jurídico donde proyecta o debe proyectar la función de garantía que le es propia –*vid.* Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional de 26 de febrero de 1999–.

Y entendemos que este es, con claridad, el caso que nos ocupa. La falsedad no se proyecta exclusivamente en alteraciones de la verdad de algunos de los extremos consignados en los documentos, sino que estos se confeccionaron deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico, con una específica finalidad probatoria en el proceso civil, una relación negocial con contenidos inexistentes. No es una simple cuestión de antedatación de lo auténtico, lo que sería, *prima facie*, irrelevante penalmente *ex* artículo 390.1.4.º CP –*vid.* STS 277/2018, de 8 de junio–, sino de la creación de un documento con evidente relevancia jurídica por su potencial capacidad para inducir error sobre su autenticidad, en un sentido amplio. Como se precisa en la STS 1954/2002 de 29 de enero de 2003, núm., «en términos generales, un documento es verdadero cuando su contenido concuerda con la realidad que materializa. Y es genuino cuando procede íntegramente de la persona que figura como su autor. Pero no debe confundirse el documento «genuino» con el documento «auténtico», pues el término autenticidad tiene en nuestro lenguaje un significado más amplio y profundo que el mero dato de la procedencia o autoría material. Un documento simulado no es considerado en el lenguaje ordinario ni en el ámbito jurídico como «auténtico» por el mero hecho de que la persona que aparece suscribiéndolo coincida con su autor material. Auténtico, según el diccionario de la Lengua Española en su primera acepción, significa «acreditado de cierto y positivo por los caracteres, requisitos o circunstancias que en ello concurren», por lo que constituye un término que se vincula también con la veracidad (cierto), mientras que «genuino» significa «puro, propio, natural, legítimo», sin especial vinculación con la veracidad y sí con la procedencia («propio» de quien lo emite). En este sentido constituye el entendimiento natural del término estimar que es inauténtico lo que carece absolutamente de verdad. En definitiva, se acoge un criterio lato de autenticidad por estimar que es el que refleja más claramente el sentido y finalidad de la norma, así como el entendimiento usual del término en nuestro idioma. También se toma en consideración el bien jurídico protegido, ya que estos delitos tutelan la propia funcionalidad social del documento, que va más allá de su consideración procesal como medio de prueba, resultando relevante para el cumplimiento de esta función la fiabilidad de su objeto y no solamente la de su autoría».

Interpretación del concepto de autenticidad en la aplicación de la modalidad falsaria de la simulación documental que ha sido expresamente validada como conforme con las exigencias derivadas del principio de *lex stricta* por la STC 123/2001, de 4 de junio.

16. Es cierto, como se afirma por el recurrente, que los documentos contienen menciones contractuales que corresponden a la realidad material de la regla negocial, pero en el caso no pueden compensar el componente simulado que pretende «preconstituir» con una finalidad probatoria determinada elementos esenciales de dicha regla negocial absolutamente inexistentes. Siendo dicha finalidad de preconstitución de contenidos negociales esenciales pero inexistentes lo que dota a la mutación falsaria del grado de lesividad necesario para considerarla típica ex artículo 390.1.2.º CP cuando sea realizada por particulares –*vid.* STS 309/2012, de 12 de abril–.

17. Ahora bien, aprovechando la voluntad impugnativa y al hilo, también, de la pretensión revocatoria formulada por el otro recurrente, cabe cuestionarse la naturaleza del objeto típico sobre el que recae la conducta falsaria.

El tribunal de instancia la califica de falsedad en documento mercantil pues lo que se documenta son contratos de agencia de naturaleza mercantil sometidos en su regulación a la Ley 12/1992, de 27 de mayo.

La cuestión, no cabe duda, es compleja y delicada, pero, en el caso, ya adelantamos, ese origen mercantil no incorpora el particular desvalor que debe justificar la pluspunición respecto al delito de falsedad de cualquier otro documento privado.

18. El notable mayor castigo del delito de falsedad en documento mercantil respecto a otros comportamientos falsarios –sin perjuicio, además, de su relevancia concursal con los delitos defraudatorios con importantes implicaciones en términos de pluspunición– obliga a identificar la razón que, a la postre, lo justifica.

Ante la ausencia de una definición legal precisa, la jurisprudencia de esta Sala ha considerado, tradicionalmente, como documento mercantil a aquel que acredita, manifiesta y proyecta las actividades que se producen en el círculo o ámbito propio de una empresa mercantil –*vid.* STS 8 de mayo de 1992–. Una categorización amplia que ha incluido a: «los que dotados de *nomen iuris* se encuentran regulados en el Código de Comercio o en leyes especiales; las representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, y su papel, que, con fines de preconstitución probatoria, plasmen o acrediten la celebración de contratos o la asunción de obligaciones de naturaleza mercantil o comercial, aunque carezcan de denominación conocida en derecho; los que se refieren a la fase de ejecución o de consumación de contratos u operaciones mercantiles, tales como albaranes de entrega, facturas, o recibos o libros de contabilidad; así como libros u hojas auxiliares que sirven para proporcionar los datos que han de pasar a los libros oficiales» –*vid.* STS de 6 de marzo de 2001–.

19. Pero tampoco cabe obviar que otros pronunciamientos, también sincrónicos, han mantenido la necesidad de una interpretación restrictiva. Así, con referencia a la regulación CP de 1973, se afirmaba en la STS de 31 de mayo de 1991, de la que se hacía eco la STS 786/2006 [sic], de 22 de junio, que «el artículo 392 CP se refiere sólo a aquellos documentos mercantiles merecedores de una especial protección, porque su materialidad incorpora una presunción de veracidad y autenticidad equivalente a un documento público, lo que es la «ratio legis» de la asimilación. De modo que ‘no es suficiente con que se trate de un documento utilizado en el tráfico mercantil’, sino que se requiere una especial fuerza probatoria, como ocurre con las letras de cambio, que sin una protección especial difícilmente podrían ser transmisibles por endoso en la forma habitual».

Línea jurisprudencial restrictiva que ha mantenido su proyección más o menos matizada en resoluciones actuales. De tal modo, se ha insistido en que, sin perjuicio de que puedan considerarse mercantiles los documentos explícitamente contemplados en

la legislación mercantil, su punición ex artículo 392 CP exige «que tengan una eficacia jurídica superior a la de simple documento privado que justifique precisamente la agravación de su falsedad respecto a la de aquel» –*vid.* STS 695/2019, de 19 de mayo de 2020, 755/2018, de 12 de marzo de 2019, 159/2018, de 5 de abril, 571/2005, de 4 de mayo–. Lo que algunos autores han identificado con el valor ejecutivo del documento mercantil y otros con las exigencias de ciertas formalidades para su otorgamiento.

20. La observable coexistencia de una interpretación amplia y otra estricta del concepto normativo de documento mercantil a los efectos del artículo 392 CP, justifica retomar la cuestión de su alcance.

Y para ello resulta imprescindible situarse en el análisis del bien jurídico, objeto de tutela en el artículo 392 CP, pues solo desde necesidades específicas de mayor protección puede justificarse tan desaventajado tratamiento penal respecto a otras conductas falsarias como, por ejemplo, la del artículo 395 CP –*vid.* STS 715/2020, de 21 de diciembre en la que se descarta la falsedad mercantil recaída sobre un contrato de préstamo porque, en una interpretación estricta del artículo 311 Cod. de Com, no se acredita que el dinero recibido fuera destinado a la financiación de actividades mercantiles–.

21. En este sentido, la jurisprudencia de esta Sala de lo Penal es constante en afirmar, ya sea desde posiciones extensivas o restrictivas del espacio de protección del artículo 392 CP, que lo que se pretende proteger con dicho tipo es la seguridad del tráfico mercantil.

Lo que sugiere con claridad que el bien jurídico protegido no es solo individual, sino que adquiere una proyección colectiva y social mucho más acentuada que con relación al protegido mediante el delito de falsedad en documento privado. Residiendo aquí, precisamente, la razón que justifica las necesidades de protección penal intensificada, anudando a su lesión un mayor reproche punitivo.

La anterior conclusión se refuerza si atendemos a un argumento sistemático. La conducta falsaria sobre el documento mercantil aparece mencionada en el artículo 392 CP junto a los comportamientos falsarios que recaen sobre documentos públicos y oficiales, equiparándose en sus consecuencias penológicas. Lo que sugiere, también con claridad, que las tres conductas comparten bien jurídico público y colectivo. No parece discutible que mediante la sanción de la falsedad de documentos públicos u oficiales se pretende proteger el interés general, la confianza de la ciudadanía, en el buen uso de las facultades o potestades reconocidas a determinadas autoridades o funcionarios para confeccionar documentos. Condiciones de confección presuntivas que son las que otorgan al documento falseado público u oficial la idoneidad para lesionar el bien jurídico protegido y afectar a las funciones documentales con mayor intensidad.

Dicha equiparación acentúa la necesidad de que el documento mercantil falseado incorpore también una especial intensidad lesiva de dichas funciones documentales, equiparable a la de los documentos públicos u oficiales. Nivel especial de lesividad que cabe predicar de aquellos que, además de estar expresamente previstos en una norma de carácter mercantil, gocen de una proyección cualificada en el tráfico jurídico.

Como argumento de interpretación histórica que refuerza dicha conclusión cabe referirse a la anterior redacción del artículo 303 CP, texto de 1973, precedente del actual artículo 392, en la que se precisaban las clases de documentos mercantiles en relación de analogía o similitud con las letras de cambio. Dicha referencia patentizaba, de forma concluyente, la ratio protectora en cuanto tales documentos por su potencialidad fijadora del crédito y su intrínseca operatividad abstracta, sí incorporan evidentes marcadores de lesividad del bien jurídico de la seguridad del tráfico en su dimensión colectiva o general. El hecho de que la nueva definición típica no incorpore dicha precisa referencia no permite interpretar de contrario la ruptura contextual de

significados, pues sigue situándose al documento mercantil en una posición de aventajada protección punitiva que continúa reclamando explicación sistemática.

22. Reiteramos. La consideración del bien jurídico, como elemento rector tanto para la interpretación de los elementos del tipo como para la medición de la antijuricidad exigida, justifica reajustar el contorno aplicativo del tipo del artículo 392 CP. Limitando su aplicación a aquellas conductas falsarias que recaen sobre documentos mercantiles que, por el grado de confianza que generan para terceros, puedan afectar potencialmente al valor de la seguridad, en su dimensión colectiva, del tráfico jurídico-mercantil.

De tal modo, resultará suficiente la protección penal mediante el tipo del artículo 395 CP frente a la falsedad de otros tipos de documentos que, si bien plasman operaciones mercantiles o han sido confeccionados por empresarios o comerciantes, carecen de dicha especial idoneidad lesiva colectiva –por ejemplo, contratos, presupuestos, tickets, albaranes, recibos y otros justificantes de pago que recaen sobre actos, negocios o relaciones jurídicas sin relevancia para terceros–.

23. Por su parte, entre los documentos cuya falseamiento sí podría comprometer el bien jurídico protegido por el artículo 392 CP cabe encontrar, con fines meramente enunciativos, los que tienen el carácter legal de título-valor; los que obedezcan al cumplimiento de una obligación normativa de documentación mercantil que funcionalmente les acerca a los documentos emitidos por ciertos funcionarios con capacidad documentadora –por ejemplo, libros y documentos contables, actas de juntas de sociedades de capital, certificaciones con potencial acceso al Registro Mercantil, etc.–; los que documentan contratos-tipo, clausulados generales o particulares en relaciones de consumo –por ejemplo, contratos de seguro, bancarios, de financiación, transporte etc.–; aquellos contratos sometidos a condiciones normativas de forma o de supervisión o a algún tipo de intervención pública –por ejemplo, contratos de gestión financiera, de correduría de seguros, de inversión, etc.– y documentos que, bajo la apariencia de corresponder al giro mercantil de una empresa, tengan como finalidad la comisión de delitos contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social, fraude de subvenciones o la obtención de financiación por entidades bancarias o de crédito, etc.

24. Partiendo de lo anterior, surge, irremediabilmente, una cuestión ¿Puede afirmarse que la falsificación de un documento en el ámbito de una relación contractual privada en la que una de las partes es un comerciante es susceptible, en todo caso y por sí, de afectar a la seguridad del tráfico mercantil? ¿El contrato de agencia simulado es documento mercantil a los efectos típicos del artículo 392 CP?

La respuesta, en el caso que nos ocupa, ha de ser negativa. La simulación del clausulado de un contrato otorgado entre particulares, aunque estos puedan ostentar la condición de comerciantes y fijen una regla negocial de naturaleza mercantil, carece de eficacia más allá de la relación negocial entre aquellos y de potencialidad significativa para lesionar la seguridad del tráfico mercantil en un sentido colectivo.

Por ello, la simulación habida debe reputarse recaída sobre documento privado a los efectos típicos del artículo 395 CP, cuyo elemento subjetivo, la intención de causar perjuicio a tercero, concurre.

25. La consecuencia no solo supone la modificación del título de condena, lo que en nada compromete los derechos del recurrente a la defensa y a conocer la acusación, sino también de la pena impuesta que utilizando la misma escala individualizadora del tribunal de instancia fijamos en la mitad de la imponible, esto es en un año y tres meses de prisión.

(STS 232/2022, de 14 marzo)

ARTÍCULO 399 CP

Falsedad en documento oficial por particular: uso y exhibición a policías nacionales de tarjeta de identidad que era original y donde constaba sus datos y su fotografía, que permite identificar a una persona como titular de los derechos y obligaciones que se derivan de la condición de controlador de acceso a locales y recintos de espectáculos públicos y actividades recreativas en Comunidad Autónoma expedida y regulada por la Comunidad: no se trata de un certificado de haber superado unas pruebas, sino que se simula tener las condiciones legales para realizar esa actividad oficial; el certificado se limita a acreditar una realidad existente en otro documento o expediente, que se encuentra bajo la autoridad o el control de quien emite la certificación y el documento oficial tiene mayor transcendencia al afectar bienes jurídicos de particular relevancia

1. El artículo 399 CP castiga al particular que falsificare una certificación de las designadas en los artículos anteriores, y con la misma pena prevista al que hiciera uso, a sabiendas, de la certificación, así como al que, sin haber intervenido en su falsificación, traficase con ella de cualquier modo.

Cuando se trata de certificaciones emitidas por funcionario público o autoridad, se plantea la necesidad de distinguir los certificados de los documentos oficiales, cuya falsificación se sanciona con mayor pena.

El certificado es un documento que acredita algún extremo de interés extraído de un expediente o documentación que obra a cargo de quien emite la certificación. Dicho de otra forma, el certificado se limita a acreditar una realidad existente en otro documento o expediente, que se encuentra bajo la autoridad o el control de quien emite la certificación. No tiene otra finalidad.

Aunque en la STS 432/2013, de 20 de mayo, decíamos que «No está de más añadir que el criterio diferenciador entre las falsedades en los certificados y los documentos oficiales no es tajante y «sólo la gravedad y transcendencia de la alteración del instrumento documental puede ser un criterio determinante para señalar si se está ante una falsedad documental o de certificados» (STS 27 de diciembre de 2000)», la Jurisprudencia de esta Sala ha concretado su criterio y «(SSTS 2001/2000, de 27 de diciembre o 1/2004, de 12 de enero, entre muchas otras), ha establecido como criterio de diferenciación entre el delito de falsedad en documento oficial y los de certificación falsa de los artículos 397 y ss. que, en los últimos, la información mendaz documentada solo cumple la función de advenir o acreditar hechos sin otras finalidades. Por el contrario, en el delito de falsedad en documento oficial, la alteración se muestra de especial gravedad, al poder constatarse una transcendencia en la alteración del instrumento documental por llegar a afectar bienes jurídicos de particular relevancia». (STS núm. 343/2020, de 25 de junio).

2. El Juzgado de lo Penal declaró probado, en lo que al recurrente se refiere, que «el día 17 de Marzo de 2019, aproximadamente sobre las 4,45 horas, Dionisio, nacido el NUM000-76 en Bolivia, con DNI NUM001, mayor de y con antecedentes penales no computables para esta causa, exhibió ante agentes de la policía nacional una tarjeta de autorización de control de acceso a locales y recintos de espectáculos públicos y actividades recreativas de la Comunidad de Madrid expedidos por esta Comunidad Autónoma con número NUM002 que no era original y donde constaba sus datos y su fotografía». Añadiendo más adelante que el recurrente carece «de autorización para ser controladores de acceso a locales, establecimientos y recintos de espectáculos públicos y actividades recreativas de la Comunidad de Madrid».

En realidad, el documento falsificado es una tarjeta de identidad que permite identificar a una persona como titular de los derechos y obligaciones que se derivan

de la condición de controlador de acceso a locales y recintos de espectáculos públicos y actividades recreativas en la Comunidad de Madrid.

[...] Para el ejercicio de esa concreta actividad es preciso cumplir una serie de condiciones, y, además, obtener un certificado de haber superado unas determinadas pruebas que llevaba a cabo, hasta su desaparición (Ley 6/2013), la Academia de Policía Local de la Comunidad de Madrid.

En la regulación se distingue, pues, de un lado, el certificado, expedido por la Academia de Policía Local, que acredita haber superado las pruebas; y, de otro lado, la obligación que se impone al personal de control de acceso, según dispone el artículo 8 del Decreto, de llevar de forma visible y permanente un distintivo que le identifique y le acredite como tal.

No fue el primero de los documentos el que se falsificó, sino el segundo, que, como se ha dicho, no es propiamente un certificado, sino un documento de identificación de la persona que puede operar como personal de control de acceso.

Ha de tenerse en cuenta, además, que el certificado de superación de las pruebas, por sí mismo, no da lugar a la emisión del documento de identidad, pues en todo caso es necesario cumplir una serie de condiciones. Así, el citado Real Decreto, dispone que para desempeñar las funciones de personal de control de acceso será necesario reunir los siguientes requisitos: a) Ser mayor de edad. b) Tener la nacionalidad española o de alguno de los países que integran la Unión Europea o estar en posesión del permiso de residencia y trabajo correspondientes. c) Carecer de antecedentes penales. d) Haber superado en la Academia de Policía Local de la Comunidad de Madrid las pruebas consistentes en la realización de un test psicológico y un test de conocimiento en materia de derechos fundamentales, derecho de admisión, medidas de seguridad en los establecimientos, horarios de cierre y régimen jurídico de los menores de edad.

No es inhabitual que la Administración opere de esta forma. Para adquirir la condición que permite el ejercicio de determinadas funciones, se exige la superación de unas pruebas, y una vez superadas, se emite un documento que permite acreditar la identidad del portador como quien las ha superado. La falsificación de este último documento no puede confundirse con la falsificación de un certificado, y no es equiparable a la misma. En el caso, el certificado, cuya falsificación nadie afirma, como se ha dicho, solo acreditaba la superación de las pruebas, pero no el cumplimiento de las demás condiciones exigidas.

(STS 554/2022, de 6 junio)

ARTÍCULO 432

Malversación de caudales públicos: sustraer o consentir que otro sustraiga: el delito de malversación con anterioridad a la LO 1/2015 castigaba tanto la sustracción, apropiación de los bienes, como la distracción de caudales públicos que supone la acción de disponer de los bienes de forma definitiva sin apropiación. Ánimo de lucro: el ánimo de lucro no exige el enriquecimiento del autor, sino, en todo caso, la disminución ilícita de los caudales públicos o bienes asimilados a éstos, pudiendo ser el beneficio de un tercero

Esta Sala tiene un cuerpo de doctrina muy consolidado a cerca de la interpretación del artículo 432 del Código Penal vigente al tiempo de los hechos (SSTS 507/2020, de 14 de octubre, 214/2018, de 8 de mayo y 1051(sic)/2013, de 26 septiem-

bre, entre otras muchas). El tipo de malversación de caudales públicos del derogado artículo 432 CP está integrado por los siguientes elementos típicos:

(i) El sujeto activo ha de ostentar la cualidad de autoridad o funcionario público, bastando a efectos penales con la participación legítima en una función pública. Para la determinación del sujeto activo resulta de aplicación el artículo 24 CP que establece un concepto de autoridad y de funcionario específico y más amplio que el administrativo. Autoridad es quien por sí solo o como miembro de una corporación tribunal y órgano colegido tenga mando o ejerza jurisdicción propia y funcionario es todo aquel que en función de su nombramiento participe del ejercicio de funciones públicas.

(ii) Se precisa una facultad decisoria jurídica o de detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que en aplicación de sus facultades tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material sin que se precise una inmediata posesión o tenencia, siendo suficiente la mediata.

Se exige, por tanto, una relación especial entre el agente y los caudales, de ahí que la disponibilidad o relación entre el caudal y el sujeto activo sea primordial en el engarce jurídico del delito (SSTS. 31 de enero de 1996 y 24 de febrero de 1995). Ahora bien, esa afirmación inicial ha sido objeto de matizaciones.

Así, no es imprescindible que el funcionario tenga en su poder los caudales y efectos públicos por razón de la competencia que las disposiciones administrativas adjudiquen al Cuerpo u Organismo al que pertenezca, sino que basta con que hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realícese el sujeto como elemento integrante del órgano público.

Hemos declarado que lo importante es que el funcionario tenga la posibilidad de disposición sobre los efectos sometidos a tal poder, en virtud de la función atribuida al ente público, o en virtud de una mera situación de hecho derivada del uso de la práctica administrativa dentro de aquella estructura (SSTS, 30 de enero de 1994 y 1840/2001 de 19 de septiembre). y también que «tener a su cargo» significa no sólo responsabilizarse de su custodia material, sino también ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario (por disposición de Ley, nombramiento o elección) que tiene la capacidad de ordenar gastos e inversiones.

En efecto, la doctrina jurisprudencial mayoritaria se decanta por una concepción amplia, interpretando el requisito «de tener a su cargo por razón de sus funciones» de modo flexible por imponerlo así la mejor protección del bien jurídico. Afirmación que lleva a abarcar tanto aquellos supuestos en los que el funcionario se está atribuyendo la tenencia directa y material de los caudales públicos como aquellos otros en los que tiene competencia para adoptar decisiones que se traduzcan en disposiciones sobre los mismos. Significa, por tanto, no sólo responsabilizarse de su custodia material, sino ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario.

Se recuerda en las SSTS 779/98, de 5 de junio y 1368/99, de 5 de octubre, sobre un caso de vicepresidente de Diputación Provincial que hace suyos fondos públicos por un sofisticado sistema, que no necesario que tenga la disponibilidad material de ellos y sí su capacidad de disposición.

La sentencia llama la atención sobre el hecho de que los sistemas de caja de la Administración Pública moderna han prescindido de los ancestrales métodos y lo fundamental, respecto de los caudales y fondos públicos, es la facultad o poder de disposición de las diferentes partidas de que se compone el presupuesto de una Corporación pública. Resultaría absurdo, desproporcionado y aberrante, desde el punto de vista de una política criminal coherente y desde la perspectiva del bien jurídico protegido (el ordenado, leal y normal funcionamiento de la Administración

Pública) que resultaran beneficiados los rectores y dirigentes políticos de la Administración Pública frente a los funcionarios de rango inferior que desempeñan funciones secundarias y subordinadas.

Por tanto, la exigencia de tener los bienes a su disposición no sólo es tenerlo bajo su estricta custodia material, sino capacidad de disposición de manera que los caudales a los que se refiere la tipicidad de la malversación están residenciados en la persona que tiene capacidad de gasto o de control.

(iii) Los caudales han de gozar de la consideración de públicos, carácter que les es reconocido por su pertenencia a los bienes propios de la Administración, adscripción producida a partir de la recepción de aquéllos por funcionario legitimado, sin que precise su efectiva incorporación al erario público; y

(iv) La acción típica es «sustrayendo o consintiendo que otro sustraiga» lo que significa apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo.

En la STS 429/2012, de 21 de mayo, se condensa la interpretación de esta Sala sobre la acción típica del precepto. Dice la sentencia que «el artículo 432 del Código Penal sanciona a la autoridad o funcionario público que con ánimo de lucro sustrajere los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones. Sustraer ha de ser interpretado como apropiación sin ánimo de reintegro (SSTS 172/2006 y STS 132/2010), equivalente a separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos, apartándolos de su destino o desviándolos de las necesidades del servicio, para hacerlos propios (STS 749/2008). En definitiva, se trata de conductas en las que la autoridad o el funcionario que tiene a su cargo los caudales por razón de sus funciones, lejos de destinarlos al cumplimiento de las previstas atenciones públicas, los separa de las mismas, y extrayéndolos del control público, con ánimo de lucro los incorpora a su patrimonio haciéndolos propios, o consiente que otro lo haga».

En la STS 310/2003, de 7 de marzo, se declara que «es claro que el texto legal utiliza el verbo «sustraer», que genera, en una primera lectura, la idea de una malversación de cosas. Sin embargo, el tipo penal no solo se refiere a «efectos», sino también a caudales y respecto de estos se debe entender que la infracción del deber del funcionario que se exterioriza en la sustracción se consuma ya cuando se dispone de los fondos públicos. Es preciso tener presente que la acción de sustraer, también característica del delito de hurto, admite diversos sentidos y que uno de ellos es el de la «remotio» o sea la simple remoción de la cosa del lugar que ocupa, lo que trasladado al manejo de dineros públicos es equivalente a la disposición (en sentido similar la STS núm. 1160/1998 de 8 de octubre, 747/02 de 23 de abril, 1569/03 de 24 de noviembre, 986/05 de 21 de julio, 228/13 de 22 de marzo y la STS 277/2015, de 3 de junio, que cita a todas las anteriores y que hace suya la doctrina expuesta)».

El tipo se realiza, por tanto, cuando el caudal público aparta definitivamente del patrimonio público desviándolos de las necesidades del servicio. Sobre esta idea nos extenderemos más adelante.

(v) La conducta típica admite dos modalidades comisivas, una por acción y otra por omisión. La primera consiste en la sustracción de los caudales descritos que implica apropiación con separación de su destino y con ánimo de apoderamiento definitivos, en idéntico sentido al usado por otros delitos patrimoniales. La segunda modalidad comisiva constituye una conducta dolosa de omisión impropia, por cuanto por específica obligación legal, el funcionario está obligado a evitar el resultado lesivo contra el patrimonio público, pues el ordenamiento jurídico no solo espera del funcionario el cumplimiento de sus deberes específicos, sino que lo coloca en posición de garante, por lo que debe evitar el resultado.

(vi) Se precisa ánimo de lucro propio o de tercero a quien se desvía el beneficio lucrativo (STSS 10 de octubre de 2009, 18 de febrero de 2010, 18 de noviembre de 2013).

Se trata, en definitiva, de conductas de las que la autoridad o el funcionario que tiene a su cargo los caudales por razón de sus funciones, lejos de destinarlos al cumplimiento de las presuntas actuaciones públicas, los separa de las mismas y extrayéndolas al control público, con ánimo de lucro, las incorpora a su patrimonio haciéndolos propios o consiente que otro lo haga. No se exige el lucro personal del sustractor, sino su actuación con ánimo de cualquier beneficio, incluso no patrimonial, que existirá aunque la intención de lucrar se refiera al beneficio de un tercero. (STS 506/2014 de 4 de junio).

(vii) El delito se consuma con la disposición de hecho de los fondos públicos. Es un delito de resultado.

En la STS 277/2015, de 3 de junio, con cita de la STS 310/2003, de 7 de marzo y en relación con una malversación producida en la concesión de subvenciones se declara que «la acción de malversar se consuma cuando se realiza el acto de disposición que genera la disposición de los fondos públicos para una determinada operación...Es la obtención material de los fondos, la posibilidad de disposición sobre los mismos, la que marca el momento consumativo del delito de malversación, al igual que otros delitos de enriquecimiento como el hurto, la estafa o el robo».

Ese ha sido el criterio constante de la Sala. Por citar algunos ejemplos más remotos, en la 117/1996, de 25 de marzo se dijo que el delito se consuma con la sola realidad dispositiva sin que precisa ineludiblemente de la extensión, redacción o plasmación de documento alguno, público u oficial. En la STS de 07/05/1990 se declaró que el delito se consuma tan pronto como ocurre la disposición del objeto embargado, aunque no conste lesión patrimonial ni lucro económico.

En materia de contratación, sin embargo, dada la relación sinalagmática que la caracteriza, se ha considerado que el momento de consumación del delito se produce con el reconocimiento de la obligación, ya que desde ese momento nace la obligación de exigibilidad, siendo irrelevante el pago ulterior (STS 459/2019, de 14 de octubre).

(viii) En cuanto al tipo subjetivo el delito de malversación en sus dos modalidades es doloso. Precisa el dolo genérico, que requiere el conocimiento de los elementos del tipo y la voluntad de actuar. En concreto, el dolo comprende el conocimiento de que los objetos o caudales sustraídos pertenecen a las administraciones públicas y, por tanto, son públicos (STS 545/19999[sic], de 26 de marzo y 132/2010, de 18 de febrero, entre otras muchas). La doctrina de esta Sala ha admitido que para la existencia del delito en su modalidad activa basta el dolo eventual (STS 277/2015, de 3 de junio, 914/2012, de 29 de noviembre y 310/2003, de 7 de marzo). En cuanto al tipo de omisión impropia también se admite el dolo eventual, en general para esta clase de delitos, cuando el sujeto se represente la alta probabilidad de la existencia de la situación que le obliga a actuar y aun así no actúe (ATS 18/20[sic]/2020 - Recurso 20542/2020).

[...] 33.1 Según hemos precisado en anteriores pasajes de esta sentencia, la actividad prevaricadora se concretó en la aprobación de diferentes modificaciones presupuestarias, anteproyectos y proyectos de presupuestos, en el otorgamiento del Convenio Marco y de los innumerables convenios particulares suscritos, en el fraccionamiento de cantidades en el sentido que ya ha sido indicado y en la propia concesión de subvenciones excepcionales a trabajadores y empresas por parte de la Dirección General de Trabajo.

El criterio de presupuestación utilizado era palmariamente ilegal y la injusticia y arbitrariedad de ese criterio se evidencia por la finalidad ilegal perseguida. Se utiliza-

ron las transferencias de financiación como artificio contable para eludir la normativa de subvenciones.

Pero los hechos no se limitaron a esa actuación. Se dispuso de los fondos públicos presupuestados al margen de todo control y de forma libérrima y arbitraria.

El manejo de esos caudales se realizó como si fueran propios, en favor de empresas y personas libremente determinadas y según las preferencias e intereses políticos de las autoridades que concedían las subvenciones. Sin bases de convocatoria, sin publicidad, en ocasiones sin precisar el objeto de la ayuda, y sin el cumplimiento de todo el amplio sistema de controles y garantías establecidos en la ley.

Por tanto, la desviación de los caudales públicos en sus dos modalidades no quedó abrazada por las conductas prevaricadoras, sino que requirió de comportamientos posteriores que han constituido la fase o tramo final del sistema implementado.

Esa dualidad justifica que la antijuridicidad de la conducta desplegada no se agote en la prevaricación, sino que constituya también un delito de malversación, en relación de concurso medial.

Como proclamamos en la STS 277/2015, de 3 de junio, «el concurso entre prevaricación y malversación está contemplado en la STS 18/2014, de 23 de enero. Cuando la malversación va rodeada de actos administrativos injustos se detecta un plus de antijuridicidad: A la acción afectante del patrimonio público, se une otra que lesiona la confianza en las resoluciones administrativas. Malversar confiriendo al acto apariencia de legalidad mediante espurias resoluciones administrativas es más grave que la simple malversación (vid. STS 149/2015, de 11 de marzo y STS 394/2014, de 7 de mayo)».

33.2 La sentencia precisa que las personas condenadas por el delito de malversación tenían la condición de funcionarios públicos o autoridad, incluidos por tanto en el concepto jurídico-penal establecido en el artículo 24 CP.

Todos ellos también tenían una facultad decisoria sobre los caudales públicos de los que se dispuso ilícitamente, bien por tenerlos materialmente a su cargo, bien por tener funcionalmente la capacidad de decidir sobre su destino, en función de una posición jerárquica superior, y no ofrece duda alguna y nadie cuestiona que los caudales sobre los que se dispuso, que formaban parte del presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía, eran de naturaleza inequívocamente pública.

Por último, los actos realizados sobre esos caudales han de incluirse en el amplio concepto de «sustracción», porque los condenados, que tenían a su cargo los caudales por razón de sus funciones, lejos de destinarlos al cumplimiento de las previstas atenciones públicas, los separaron de las mismas, y extrayéndolos del control público y con ánimo de lucro, los entregaron a terceros, en forma de ayudas o subvenciones concedidas ilegalmente.

Los hechos aquí enjuiciados son excepcionales y (s.e.u.o.) no existen precedentes de unos hechos como los que aquí se enjuician.

Se articuló un sistema para dotar de fondos a la Dirección General de Trabajo de la Junta de Andalucía para que ésta dispusiera de ellos libremente. No puede afirmarse siquiera que las ayudas concedidas cumplieran un fin público porque se concedieron, no ya al margen de todo control, sino al margen de cualquier criterio mínimamente objetivo y reglado y de forma absolutamente arbitraria.

(STS 749/2022, de 13 septiembre)