

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SERGIO CÁMARA ARROYO

Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal y Criminología  
UNED

## ARTÍCULO 23 CP

*Parentesco: la agravación de parentesco con persona ligada por análoga relación de afectividad al matrimonio exige estabilidad y se omite que no es necesaria convivencia, diferente a lo preceptuado en delitos de violencia de género, que no es necesaria la estabilidad, ni la convivencia. Causación de muerte a mujer con la que se ha tenido una relación sentimental de noviazgo con duración de nueve meses, sin convivencia entre ellos en el domicilio de la primera, lo que no es asimilable a la relación conyugal.*

Aunque muy cercanas en su morfología y fundamento, la circunstancia genérica del artículo 23 CP no coincide exactamente, al menos en su literalidad, con las relaciones aludidas en la Ley Orgánica 1/2004 que sirven de referente a varios tipos penales (significada y paradigmáticamente, artículo 153 CP). El artículo 23 CP habla de estabilidad y omite la apostilla de que no es necesaria convivencia (vid. STS 34/2016, de 2 de febrero): esas dos diferencias suponen que la simetría no es total.

En lo que respecta a esta cuestión el *factum* es de un laconismo poco afortunado. Se limita a decir que entre víctima y acusado había existido una relación sentimental con convivencia parcial. No aclara más. Esa base factual sugiere la posibilidad de la agravante, pero no acaba de perfilarla de forma consistente y concluyente.

Con esos meros retazos la base fáctica de la agravación aparece desvaída.

La sentencia de instancia habla en el hecho probado de una relación sentimental con una duración de nueve meses.

La sentencia de apelación completa en ese punto el hecho probado, aunque se proclame que no lo hace por virtud de una nueva valoración probatoria –lo que estaría vedado en un recurso devolutivo– sino por un tema procesal: era preciso llevar al hecho probado exactamente lo que había declarado probado del jurado. Habla así de una relación sentimental durante nueve meses con convivencia parcial... haciéndose eco de una mención contenida en la fundamentación jurídica de la sentencia.

(...) No se sabe qué quiere decir convivencia parcial. Si ese concepto queda colmado por el hecho de haber dormido esporádicamente o con alguna regularidad en el domicilio de la víctima; o por haber pasado juntos algunos días de vacaciones (lo que

haría más apropiado hablar de convivencia esporádica); o si supone que se trata de un domicilio compartido, aunque uno de los titulares no lo ocupe de forma permanente (lo que parece venir contradicho por el dato de que en tal vivienda no se encontraron enseres personales del acusado, sino solo de la víctima). Desaparecido ese dato (convivencia parcial) el propio Tribunal de apelación, según se deduce de sus razonamientos, hubiese rechazado la agravación.

Pero es que, aun respetando el añadido efectuado de forma poco canónica en apelación, faltaría fundamento para la agravación que exige un esfuerzo descriptivo mucho mayor. No toda relación afectiva o sentimental es asimilable al matrimonio a los efectos del artículo 23 CP.

Cita el recurso la STS 79/2016, de 10 de febrero que contempla una relación de noviazgo, también de nueve meses, con relaciones sexuales pero sin convivencia. Se trata, en efecto, de un precedente de referencia obligada para abordar esta temática.

(...) La cuestión suscitada, desde luego, es espinosa y presenta muchas aristas. Cuando existe matrimonio es fácil marcar el final del noviazgo y el comienzo de la relación conyugal. Aunque ni siquiera en esos casos se puede excluir –es situación nada infrecuente– que antes de ese momento pueda hablarse de relación afectiva análoga a la matrimonial.

También sin matrimonio hay supuestos de meridiana claridad en que se puede hablar de unión semejante a la matrimonial al concurrir inequívocamente un proyecto compartido de vida común. Normalmente ello tendrá como consecuencia la convivencia (vid arts. 68 y 69 del Código Civil). Pero, siendo ese elemento indicador muy significativo, no es ni indispensable, ni suficiente.

En todo caso hay que reiterar que el artículo 23 CP exige algo más que los artículos 153 y concomitantes, (i) en cuanto introduce como nota la estabilidad que parece comportar cierto componente de compromiso de futuro, una vocación de permanencia; y (ii) no se preocupa de precisar que la falta de convivencia no excluye la agravación, como sí se cuidan de indicar los preceptos modificados en 2004 con la Ley de protección integral contra la violencia de género. Es más reducido el círculo de sujetos comprendidos en el artículo 23.

Nos movemos en este caso en un territorio de penumbra, aunque la neblina desaparece si suprimimos la referencia a la convivencia parcial, conforme a las consideraciones procesales antes efectuadas. Pero aún con esa adición, no acabaría de perfilarse la base fáctica precisa para la aplicación del artículo 23 CP. Una relación sentimental iniciada nueve meses atrás, en la que cada uno de los miembros de la pareja mantiene su domicilio, por más que de forma episódica puedan pasar juntos fines de semana o algún periodo vacacional, no puede decirse, sin más datos, que pueda asimilarse a la relación conyugal a los efectos del artículo 23 CP.

Podemos bucear en las actuaciones buscando otros elementos que ilustren o enriquezcan la pobreza descriptiva del hecho probado, pero ello solo es posible en favor del reo; nunca para adornar en sentido agravatorio el relato fáctico. En esa dirección, las manifestaciones de los padres y amigos que evidencian que no se trataba de una relación publicitada como tal a las personas más cercanas, dificulta aún más la equiparación con la relación conyugal, y nos aproxima a más relaciones previas que, con todos los matices derivados de los fuertes cambios sociales en esta materia, pueden encuadrarse dentro del genérico y equívoco término noviazgo que, si en algunos casos puede servir de base relacional para construir sobre él los delitos de los artículos 153 CP y otros, no basta para integrar la agravación del artículo 23.

*Voto particular que formula el Magistrado Excmo. Sr. Don Julián Sánchez Melgar, en el recurso de casación número 3238/2019*

Con el respeto debido a la decisión de la Mayoría, disiento de la falta de aplicación de la circunstancia mixta de parentesco, acuñada en el artículo 23 CP, actuando como agravante genérica, en una relación sentimental de más de medio año (exactamente nueve meses), en el curso de la cual el acusado y la víctima pasaron juntos diversos fines de semana en el apartamento de ella, y es más, cuando aconteció el crimen, el acusado se encontraba celebrando la nochevieja en casa de la víctima, y, como colofón, tras apuñalarla brutalmente hasta acabar con su vida, avisó al 112, pidiendo ayuda, diciendo que «su mujer» se había lesionado. A esos datos, añadimos que el acusado tenía llaves de tal vivienda (como así lo expuso el Jurado como justificación a la relación sentimental que declaraba), lo que denota una autorización de uso, que es característica de las relaciones personales afectivas.

Esta convivencia, que el Tribunal Superior de Justicia ha denominado «parcial», llevándolo a los hechos probados, no solamente resulta, según expone la sentencia recurrida, de lo declarado por el Tribunal del Jurado, que ya hemos dicho dejó fácticamente constatado que entre el acusado y la víctima había surgido una relación sentimental, sino de la realidad de tales estancias y periodos de convivencia aludidos, conforme resulta de la lectura tanto de la Sentencia de primer grado como del segundo grado jurisdiccional.

De cualquier modo, tras la reforma operada en el artículo 23 del Código Penal, por la LO 11/2003, con entrada en vigor a partir del 1 de octubre de 2003, desaparece la exigencia de que permanezca cualquier rasgo de relación conyugal o afectiva, mediante la introducción de la mención de «ser o haber sido».

En la terminología legal, en consecuencia, integra la circunstancia mixta de parentesco, entre otras concreciones, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad.

Lo que yo cuestiono en este voto particular es que existan diversos grados de parentesco, que han de producir una agravación de la responsabilidad penal, con distinta configuración si estamos en presencia de un delito de lesiones o de un delito de homicidio. No me parece lógico que la ley penal haya querido realizar esta distinción, acuñando diversos grados de parentesco, sino solamente uno, que sirve de proyección, elevando la antijuridicidad de la acción, y por consiguiente, la pena, cuando el acusado agrede a una persona que ha estado unida a él mediante los lazos resultantes de la afectividad, generando una relación sentimental, que ha cristalizado, bien en el matrimonio o en una situación de hecho análoga.

Desde mi punto de vista, ambas situaciones son idénticas desde la vertiente de la agravación de la pena, y por consiguiente, de la configuración estructural de la circunstancia mixta de parentesco.

Ello es porque, a mi juicio, no existen dos perspectivas que cataloguen la relación sentimental, una para el caso de que el agresor lesione, y otra, más exigente, y por tanto, de la que resulte un menor reproche penal (en tanto que no se aplica la agravante), cuando el agresor mata, que es lo que ocurre en la Sentencia de la que disiento.

Cuando el legislador incorporó mediante LO 1/2004, de 28 de diciembre, una agravación en el artículo 148.4.º del Código Penal al delito de lesiones (también a otros delitos), en el caso de que la víctima fuere mujer o hubiese sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, estaba acuñando un modo de parentesco, cuya concepción jurídica irradia a todo el Código Penal, y que, por consiguiente, debe ser tomada en con-

sideración por el intérprete, incluido el artículo 23, que ni siquiera exige, por cierto, el requisito de la convivencia, sino el de la estabilidad.

Esa nota de estabilidad, que parece comportar cierto componente de compromiso de futuro, constituye una vocación de permanencia (una relación de pareja estable); y tal precepto no se preocupa de precisar que la falta de convivencia excluya o no la agravación; por ello, no puedo entender acertada la afirmación de la Mayoría, acerca de que «es más reducido el círculo de sujetos comprendidos en el artículo 23».

En efecto, se me hace muy duro interpretar, como concurrente, una circunstancia agravatoria cuando el sujeto activo agrede a la mujer, causándole lesiones, y no hacerlo, en las propias circunstancias fácticas, cuando ese mismo sujeto acaba con la vida de su pareja sentimental, actual o pasada («ser o haber sido», dice el artículo 23 del Código Penal).

Por ello, estratificar otro componente más en las relaciones de pareja, aparte de los tradicionales, como son el estado matrimonial o el análogo, para dibujar ahora otras subespecies que derivan de la convivencia plena, o parcial o esporádica, como expresa la Sentencia mayoritaria, no me parece acertado, cuando el artículo 23 del Código Penal no menciona siquiera la convivencia, sino que figura la estabilidad de la relación, que, por cierto, me parece que es su verdadera esencia, porque el lazo de afectividad no debe descansar en la mayor o menor duración de la convivencia, que desde mi punto de vista no es lo importante, sino en la estabilidad de tal relación sentimental, que es lo que caracteriza el fundamento del parentesco base de la agravación.

En la STS 257/2020, de 28 de mayo, se recopilan diversos precedentes, y aunque el tema planteado no está exento de problemática y ha dado lugar a pronunciamientos jurisprudenciales no siempre coincidentes, es lo cierto que, por ejemplo, la STS 1376/2011, de 23 de diciembre, considera aplicable la agravante en «noviazgos» caracterizados por la estabilidad y la excluye en las relaciones de mera amistad o en los encuentros esporádicos. En la mayor parte de las ocasiones la simple calificación de la relación como noviazgo, y a mi parecer mejor expresado bajo la terminología de relación sentimental, ha permitido aplicar la agravación. Es el caso de la STS 774/2012, de 25 de octubre. O lo es la reciente STS del Pleno número 677/2018, de 20 de diciembre, que admite especiales situaciones que en su momento eran calificadas de «noviazgo» y ahora se interpretan en un sentido más abierto y extenso, sin necesidad de exigirse para ello un proyecto de vida en común. Pero también se ha atendido a la duración de la relación para calificar el noviazgo como análogo o no a la relación matrimonial. En la STS 640/2017, de 28 de septiembre, se aplicó la agravación en un «noviazgo» de un año, mientras que en la STS 1376/2011, de 23 de diciembre, no se aplicó porque la duración fue de un mes.

En consecuencia, en el caso enjuiciado debió mantenerse la agravante de parentesco, tal y como sostuvo el Tribunal Superior de Justicia, que razona al respecto que el acusado conservaba «en su poder las llaves del domicilio de la denunciante, con el consentimiento de ésta, lo que tanto significaba como una suerte de autorización genérica a acudir a su domicilio y permanecer en el mismo cuando lo tuviera por conveniente, autorización de la que el acusado hacía uso a su libre albedrío, entrando y saliendo de la vivienda, pernoctando en la misma cuando le parecía oportuno y, en definitiva, manteniendo con ella una relación de convivencia siquiera parcial» que justifica la aplicación de la circunstancia agravante de parentesco.

En el caso, la relación que unía al acusado con la víctima lo era sentimental, de nueve meses de duración, con la reseña de convivencia parcial expuesta, contaba con las llaves del piso de ella, y el dato al llamar a los servicios de urgencia de que «su mujer» estaba gravemente herida, denotan que la relación entre ellos era de pareja

estable, lo que es suficiente para aplicar la circunstancia mixta agravatoria prevista en el artículo 23 del Código Penal, que no exige más que el requisito de la estabilidad en tal relación.

(STS 81/2021, de 2 febrero)

## ARTÍCULO 50 CP

*Multa: la rebaja por conformidad de un tercio de la pena de multa afecta sólo a su duración, no a la cuantía de la cuota diaria a abonar, porque la pena es la multa y no su cuota diaria, cuota que se fija solo y exclusivamente atendiendo a la capacidad económica de la persona y no a las reglas generales o especiales de aplicación de las penas, además la conformidad no significa que el acusado haya devenido un tercio más pobre de lo que era antes de conformarse.*

La clave del caso es que la cuantía de cuota diaria ha de establecerse, en aplicación del artículo 50.5 CP, tomando en consideración exclusivamente la situación económica del reo y no es susceptible de ser subsumida la cuantía de la cuota en la rebaja del tercio, porque la pena es la de multa, no la de la cuantía de la misma, y de aquí nace el error del juzgador que aplica la conformidad en estos términos.

No puede, por ello, admitirse lo que podríamos denominar la doble rebaja penal, ya que derivaría en una doble reducción de la pena: por una parte, a la correspondiente a los meses/días multa impuestos y, por otra, a la del importe de la cuota diaria. Pero esta no es pena propiamente dicho, sino el mecanismo *ex art. 50 CP* para fijar la cuantía de la cuota, que no es susceptible de rebajarse *ex art. 801.2 LECrim*, sino que su presupuesto de base es la capacidad económica del penado y ese es el argumento de base para fijarlo, no la rebaja en el tercio de la cuota diaria, porque no es pena en sentido técnico estricto.

(...) Hay varios parámetros a tener en cuenta en este caso. Veamos.

1. Que la pena fijada en el escrito de acusación del Fiscal sobre la que el Juez debía aplicar la rebaja del tercio *ex art. 801.2 LECrim* es la de multa. Y es por ello por lo que este precepto solo se refiere a la pena conceptualmente, no a todas y cada una de las determinaciones que deba acordar el juez en la sentencia de conformidad.

2. No es cierto, como propone el recurrente, que se trata de una pena compuesta, tanto sobre la duración como sobre la cuantía. La pena es la de multa y la cuota diaria de la misma es una fijación concreta de su ejecución *ex art. 50.4 CP*.

3. El parámetro para su cuantificación lo marca el artículo 50.5 CP, a cuyo tenor «Los Jueces o Tribunales determinarán motivadamente la extensión de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito y según las reglas del capítulo II de este Título. Igualmente, fijarán en la sentencia, el importe de estas cuotas, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo».

La capacidad económica del penado para fijar la cuota es el criterio a seguir, y, por ello, el criterio de «esta capacidad económica», podemos decir que no puede ser reducido en un tercio por consecuencia de la conformidad. La capacidad económica es la que es como criterio referencial, y no es susceptible de modificación por la conformidad como «allanamiento» a la pretensión punitiva expuesta por la acusación.

En la Circular 2/2004, de 22 de diciembre, de la FGE sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre se recoge a este respecto de fijar como criterio único la capacidad económica del penado que:

La fórmula de los días-multa sigue inspirándose en la necesidad de tender hacia un tratamiento igualitario de los destinatarios de la pena, acomodándose a las concretas posibilidades.

El sistema del Código Penal, siguiendo el modelo escandinavo de los días multa separa con nitidez los dos momentos de determinación de la multa a través de dos actos independientes que tratan de traducir en primer lugar la determinación de la extensión temporal (art. 50.5 CP), esto es, la determinación del número de cuotas siguiendo las reglas generales de determinación de la pena. En efecto, la extensión de la pena se debe individualizar según las reglas del Capítulo II del Título, es decir según, básicamente, las reglas del artículo 66 CP. Aquí entran en consideración todos los elementos del hecho punible que son adecuados para establecer la gravedad del hecho y las circunstancias personales del autor, es decir el hecho de la individualización de la pena. Como refería la Consulta de la Fiscalía General del Estado 16/1997, de 16 de diciembre han de aplicarse, pues, las reglas de determinación de la pena en función de los grados de ejecución del delito, de las formas de participación y de la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

En segundo lugar, a través de la fijación de la cuantía de la cuota se evalúa la capacidad económica del penado con la finalidad de reducir el impacto desigual de la multa por las distintas capacidades económicas de las personas (STC 108/2001, de 23 abril). En consecuencia, el carácter más igualitario de este nuevo sistema radica en que, con arreglo al mismo, dos hechos de la misma gravedad pueden ser castigados con idéntica extensión o duración de la pena de multa, pero diferenciándose cada cuota a pagar según la situación económica del condenado.

Conforme al artículo 50.5 para determinar la cuota debe tenerse en cuenta exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo.

En la práctica surgen dificultades derivadas de que para aplicar rectamente el sistema es necesario una investigación de la situación patrimonial del penado, que realizada correctamente genera complejidad y consiguientemente retrasos en el proceso.

Es indudable que debe perfeccionarse el procedimiento de acopio de información sobre los ingresos y patrimonio de los imputados y penados, pero en todo caso no puede aceptarse que la praxis derive hacia la determinación de la pena de multa sin respetar la Ley.

No cabe la rebaja del tercio en la cuota, como exponemos. El criterio es el de la «capacidad económica».

4. Que el juez debe ajustarse matemáticamente a lo que constituye la esencia de la conformidad en este caso de los «juicios rápidos», es decir, la «rebaja en el tercio de la pena», y no a aplicar ese privilegio o «premio» a conceptos distintos a lo que constituye por naturaleza y esencia que a la pena.

5. La literalidad del citado artículo 801.2 LECrim al referirse a que el juez impondrá la pena solicitada reducida en un tercio exige no llevar a cabo una interpretación extensiva del concepto al que se refiere, que no es otro que limitar su aplicación a lo que se entiende por pena, esto es, como consecuencia jurídica del delito, y sanción que se impone a un sujeto responsable de un ilícito penal, consecuencia del *ius puniendi* del Estado y el principio de legalidad como principios inspiradores del Derecho Penal. También se apunta que es una privación o restricción de bienes jurídi-

cos establecida por la Ley, e impuesta por el órgano jurisdiccional competente al que ha cometido un delito.

6. El juez no puede aplicar a la cuota de la multa la reducción del tercio, sino aplicar en su caso aquella con la que se conforma, que es la de seis euros día *ex art. 50.4 CP*, y utilizando el parámetro del apartado 5.º

(...) 8. El fundamento del «premio» de la rebaja en el tercio de la pena apunta la doctrina que descansa en que se configura la conformidad como una conformidad privilegiada, o premiada, por la rebaja del tercio de la pretensión punitiva, por entender el legislador que en estos casos es preferible una respuesta ultrarrápida al conflicto social potenciando el efecto que pueda tener la pena por la inmediatez de la respuesta judicial, antes que una sanción menos benigna pero más dilatada en el tiempo. Se enmarca así dentro de la tendencia de aceleración procesal, que es una de las líneas más destacadas en la legislación procesal penal en Derecho comparado que ante el incesante aumento de la criminalidad arbitra fórmulas en las que se premia a los delincuentes que facilitan la actuación de los tribunales reconociendo los hechos y aceptando las penas interesadas contra los mismos. Se trata de incentivar la resolución del conflicto mediante la imposición de una pena rápida, aunque rebajada, aliviando y descargando el trabajo de los tribunales en el despacho de asuntos, siendo el fundamento que subyace a esta concepción meramente utilitarista o pragmático, que poco se adecua a los fines públicos de la pena.

Pero siendo esto así hay que señalar que la «pretensión punitiva» sobre la que opera la rebaja del tercio de la pena es la de multa o la de prisión en estos casos, es decir, la pena que corresponda, por lo que el concepto de la cuota de la multa del artículo 50.4 CP no es técnicamente una pena y no puede operar sobre ella la rebaja del tercio como sostiene con acierto la Audiencia Provincial en su sentencia.

9. La rebaja del tercio de la pena por conformidad en el servicio de guardia del artículo 801 LECrim debe alcanzar a todas las penas, principales y accesorias, incluidas las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación del artículo 48 del CP y la privación del derecho de tenencia y uso de armas, pero no a la cuota de la multa, porque no es propiamente pena, dado que este concepto solo se predica de la multa.

10. (...) Además, desde un punto de vista sistemático, hay que tener en cuenta que, cuando el delito imputado al acusado esté castigado con pena de multa, el artículo 801.1.2.º LECrim admite expresamente la posibilidad de que el acusado preste su conformidad con la acusación ante el Juzgado de Guardia, con independencia de la cuantía de la multa prevista legalmente para aquel delito.

Esta acertada apreciación doctrinal corrobora la tesis de que la cuota diaria de la multa queda al margen de la posibilidad de que esta se rebaje de forma concomitante con la pena de multa. Y que, por ejemplo, el concepto de la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 50 CP no se aplica para evaluar el límite de la pena de prisión para la operatividad del artículo 801.2 LECrim. Todos los límites y disposiciones a que se refiere el citado precepto se refieren al concepto puro técnico jurídico de la pena, quedando fuera del mismo, como mantenemos, el de la cuota diaria para la multa.

No hay que olvidar que la cuota que se fije *ex art. 50.4 CP* está directamente asociada a la pena de multa que es la que se ha rebajado en un tercio, por lo que aplicar la tesis del juzgado de rebajar, también, en un tercio la cuota diaria a la pena de multa ya rebajada respecto a lo que era el escrito de acusación supone duplicar el efecto de la rebaja previsto en la norma, pero sin cobertura legal por la misma. Y ello, porque la cuota diaria de la multa está disociada al concepto mismo de la pena, aunque es prolongación de la multa, pero como manifestación de su ejecución, no como pena

misma. Y es por ello por lo que no puede recibir la duplicidad de la rebaja, como bien acordó la sentencia de la Audiencia Provincial.

Es por ello, por lo que cuando la LECrim fija esta opción del acusado en el juicio rápido la rebaja en el tercio de la pena se aplica solo a las penas, pero sin que pueda aplicarse a la cuota de la multa, porque la pena es la multa y no su cuota diaria, que no es más que la manifestación de la ejecución de la pena.

(STS 315/2021, de 15 abril)

## ARTÍCULO 142 CP

*Homicidio por imprudencia menos grave: la referencia en la imprudencia menos grave a la infracción grave de las normas sobre tráfico no supone que no puedan existir otros casos de imprudencia menos grave, ni que siempre que concurra una infracción grave de tráfico la imprudencia haya de ser calificada de menos grave.*

En esta tarea de determinación de los límites conceptuales entre la imprudencia grave, menos grave y leve, se han sucedido precedentes de esta Sala que son de obligada cita para entender las claves de los distintos procesos de reforma. La STS 54/2015, 11 de febrero, con amplia glosa de otras resoluciones que han configurado el criterio jurisprudencial, aborda la doctrina pre-vigente en relación con el concepto de imprudencia grave. La STS 805/2017, 11 de diciembre –caso Madrid-Arena–, después de fijar algunas consideraciones generales sobre la imprudencia, fijó el criterio orientado a definir lo que por imprudencia menos grave ha de entenderse. En esta resolución se aborda la incidencia que la reforma operada la LO 1/2015, 30 de marzo, tuvo en la delimitación de los grandes conceptos de imprudencia.

(...) la Sala viene enfrentándose al desafío de fijar los límites conceptuales de la imprudencia grave, menos grave y leve. Y ha de afrontar ese desafío a partir de recientes reformas –LO 1/2015, 30 de marzo y LO 2/2019, 1 de marzo– que queriendo optar por un modelo limitativo del arbitrio judicial, han generado el efecto contrario. Hablar de imprudencia supone situar al intérprete en el terreno de lo valorativo. Pero los inconvenientes asociados al manejo de categorías normativas se hacen todavía más visibles cuando el legislador ofrece una interpretación auténtica con la que aspira a zanjar todos los problemas. Y es que la utilidad de esa interpretación auténtica es sólo aparente, pues genera otras dificultades asociadas a los principios de legalidad, proporcionalidad, seguridad jurídica y culpabilidad. Algunos de estos principios pueden resultar irremediabilmente dañados cuando el legislador ve en la administrativización del derecho penal la fórmula taumátúrgica a la que encomendarse. Pretender objetivar las distintas categorías de imprudencia supone prescindir de la propia naturaleza de la acción negligente.

Y todo ello, además, con un perturbador efecto en la práctica cotidiana de algunas resoluciones que optan por la utilización de cláusulas predeterminativas que reemplazan la riqueza descriptiva que ha de predicarse de todo relato de hechos probados. Esa pereza en la narración del juicio histórico está, sin duda, alentada por el propio artículo 76 de la Ley sobre Tráfico y Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial que, por ejemplo, considera infracción grave la «conducción negligente» (art. 76.m). Con el mismo defecto, el artículo 77.e) cataloga como infracción muy grave la «conducción temeraria».



En este contexto normativo, cobra verdadera importancia la necesidad de que el órgano jurisdiccional llamado a valorar la intensidad de una acción u omisión negligente no ahorre un esfuerzo descriptivo que facilite la tarea de subsunción.

La Audiencia Provincial ha confirmado en grado de apelación la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1. En ambas resoluciones se califica el atropello (...) como constitutivo de un homicidio por imprudencia grave.

(...) La resolución de instancia rechaza cualquier posibilidad de degradar la intensidad de la infracción del deber de cuidado por la aportación causal de la víctima, en este caso, el hecho de que el peatón circulaba por la carretera de madrugada y sin ningún objeto reflectante (...).

(...) No podemos compartir la idea de que el hecho imputado al recurrente merezca el calificativo de homicidio por imprudencia grave del artículo 142.1 del CP. Y no lo merece conforme a la jurisprudencia de esta Sala –transcrita en sus pronunciamientos más recientes– que ha abordado la delimitación conceptual entre las dos formas de imprudencia, grave y menos grave.

No fueron la absoluta falta de previsión y cuidado, ni el desprecio a las normas más elementales de cautela –en eso consiste la imprudencia grave– las causas determinantes del fatal resultado. (...) Es cierto que el artículo 76 de la Ley 6/2015, de 30 de octubre, sobre Tráfico y Circulación de Vehículos a motor y Seguridad Vial, considera en su apartado a) infracción grave «no respetar los límites de velocidad reglamentariamente establecidos o circular en un tramo a una velocidad media superior a la reglamentariamente establecida». La misma infracción, conforme al artículo 77.a) puede tener el carácter de muy grave. Todo se hace depender del cuadro incorporado al anexo IV de esa ley.

Pero, como venimos insistiendo en los fundamentos jurídicos precedentes, no basta la simple y acrítica constatación de que se ha producido una infracción reglamentaria para concluir irremediamente el juicio de tipicidad en unos términos que supondrían la resurrección de la histórica imprudencia con infracción de reglamentos. La aplicación de los conceptos normativos propios del derecho penal –y la imprudencia lo es de modo incuestionable– no puede hacerse depender del juego de un enunciado legal que operaría a modo de presunción *iuris et de iure*.

De hecho, el laconismo del juicio histórico ni siquiera permite cuantificar ese exceso de velocidad, impidiendo así calificar la infracción imputada entre aquellas que la Ley 6/2015 considera graves o muy graves. No se olvide, además, que incluso si obtuviéramos una conclusión sobre ese extremo a partir del análisis reduccionista que la jurisprudencia viene intentando evitar, resultaría que la infracción grave del artículo 76 de la Ley 6/2015 es, conforme al artículo 142.2 del CP, una imprudencia penal menos grave.

En el momento de la calificación jurídica de un homicidio por imprudencia cometido con vehículo de motor, la gravedad de la infracción del deber de cuidado no puede prescindir de la intensidad de la desatención que está en el origen de la acción negligente. La fidelidad a un tipo penal lastrado por su deficiente técnica legislativa conduce de forma irremediable a lesionar los principios de culpabilidad y proporcionalidad.

Y este es el riesgo que correríamos si confirmáramos el criterio jurídico de la instancia. En efecto, en el relato de hechos probados se incluyen datos puramente objetivos que obligan a ponderar el comportamiento de la víctima y su influencia en la degradación de la imprudencia atribuida al conductor.

(...) En definitiva, la Sala entiende que los hechos, tal y como han sido descritos en el relato fáctico han de ser calificados como constitutivos de un delito de homicidio por imprudencia menos grave –calificación que reivindica la defensa en su recurso– por dos razones básicas.

a) La primera –una vez hemos hecho los matices que obligan a huir de la administrativización del derecho penal mediante la aplicación de inflexibles presunciones *iuris et de iure* emanadas del derecho de la circulación– está conectada con la idea elemental de que el exceso de velocidad que la sentencia de instancia sitúa como causa determinante del accidente, en ausencia de otros datos que permitan cuantificar ese exceso, nos sitúa de forma obligada en la infracción grave del artículo 76.a) de la Ley 6/2015. Y según el artículo 142.2 del CP, después de la reforma operada por la LO 2/2019, 1 de marzo, «... se reputará imprudencia menos grave, cuando no sea calificada de grave, siempre que el hecho sea consecuencia de una infracción grave de las normas sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, apreciada la entidad de ésta por el Juez o el Tribunal».

b) Los datos que arroja el juicio histórico, referidos a las características del tramo en el que se produjo el accidente, la hora de la madrugada en la que tuvo lugar el atropello y la zona por la que transitaba la víctima, de espaldas, sin ropa reflectante y por un pequeño margen que la propia sentencia de instancia califica como tramo peligroso, obligan a concluir que (...) infringió un deber de diligencia de grado medio, no equiparable al estándar del más previsor de los conductores, pero tampoco al del menos cuidadoso. No acomodó su conducta como conductor al deber de cautela y precaución medianamente exigibles en las circunstancias concretas en las que se produjo el lamentable atropello, características que en este caso imponían una atención extrema.

En definitiva, estamos ante una imprudencia de grado medio (ni grave, ni leve) que ha de ser calificada como una imprudencia menos grave, estimando así el motivo formalizado por la defensa del acusado.

(STS 284/2021, de 30 marzo)

## ARTÍCULO 172 ter CP

*Acoso genérico, acecho o stalking: la necesidad de que los actos del autor afecten de forma grave a la vida cotidiana de la víctima debe enfocarse con referencia a una persona media, huyendo de «susceptibilidades individuales», sin que sea precisa su adición en los hechos probados porque se deduce y desprende de los actos ejecutados.*

La víctima era consciente por los mensajes que recibía de que era vigilada de cerca, y una persona no puede saber, adivinar ni valorar hasta dónde puede llegar la mente humana a la hora de pasar de actos de acoso a actos de ejecución de violencia.

Esta predicción conductual de las personas acerca de hasta dónde puede llegar otra tras actos de acoso, o si se quedará solo ahí es imposible en unos momentos en los que se percibe con frecuencia que se pasa con gran facilidad de meros actos de acoso, o amenazas, a actos ejecutivos de violencia en muchas personas. Y, como sostiene la doctrina, es, precisamente, la incertidumbre que provoca el seguimiento personal de un individuo sin saber sus intenciones, lo que justifica la regulación delictiva de tal comportamiento. Y es, además, esta intranquilidad y sensación de inseguridad de la víctima acerca de cuál va a ser el siguiente paso del acosador lo que, a su vez,

provoca cambios en sus rutinas y entra en la exigencia normativa del tipo de la alteración grave de su vida.

La alteración grave de la vida cotidiana de la víctima puede hasta desprenderse con normalidad de la forma en la que se han realizado los actos de acoso mediante un juicio de racionalidad de afectación a la psique de la víctima en razón a la gravedad de los actos de acoso, su visceralidad, y el carácter que a la víctima le puedan representar como creíbles los actos de acoso del acosador y la creencia o percepción en la víctima de que se pueda pasar de los actos de acoso a actos de violencia.

No puede pretenderse en modo alguno que el hombre/mujer medio que sea víctima de actos de acoso pueda tener nunca la seguridad de que estos se van a quedar ahí, porque de ser así, posiblemente el escenario de alteración grave de la vida no se produciría en la misma medida en que esos actos de acoso puedan ir acompañados de la percepción o mera posibilidad, por mínima que sea, de que el acosador va a dar un salto cualitativo en su ilicitud y va a pasar de acosar a agredir, o hasta incluso a un escenario más grave.

Por ello, nadie, ni la víctima, puede asegurar cuál puede ser el siguiente paso del acosador/a, y esto es lo que causa un serio desequilibrio emocional en la víctima, que es lo que le provoca el desasosiego determinante de la alteración grave de su vida cotidiana, y, con ello, la concurrencia total de los elementos del tipo penal de acoso del artículo 172 ter CP.

Como también plantea el Fiscal del Tribunal Supremo estos mensajes, seguimiento y llamada, sobre todo, los primeros, de gran número, son capaces por sí solos de perturbar los hábitos, costumbres, rutinas o forma de vida de cualquier persona, atendido el estándar del hombre/mujer medio/a. Y plantea con sumo acierto el Ministerio Fiscal que los mismos actos de los hechos probados, –los subsistentes tras la sentencia de la Audiencia– cubren las exigencias que esta Sala viene reclamando del tipo del artículo 172 ter CP, a saber, insistencia, reiteración, repetición, reflejo de un mismo patrón o modelo sistemático, existencia de una voluntad de perseverar en esas acciones intrusivas, superando con creces lo puramente episódico o coyuntural y carencia de legitimación, o autorización para obrar de esa manera. Por el período de tiempo durante el cual se envían y por su contenido, el desvalor que encierran es de muy alta entidad, suficiente para activar la reacción penal.

(...) Es decir, que de los hechos probados ahora subsistentes, como decimos, se desprende esa capacidad de alterar de forma grave la vida cotidiana de la víctima, y es de esa reiteración de acoso por una de las modalidades previstas en el tipo penal de lo que se evidencia una lógica y obvia alteración grave de su vida que fluye del relato de hechos probados subsistente y que es lo que permite atraer la tipicidad en este tipo de situaciones.

(...) En efecto, nos encontramos ante un delito con actos de acoso reiterados en el tiempo que evidencian, y de los que fluye por sí mismos, la evidencia de un resultado de afectación en la vida de la víctima, por lo que habrá que comprobar si de los hechos probados se desprende esa capacidad de causar esa grave alteración de la vida cotidiana de la víctima y analizar su justificación individualizada al caso concreto según la entidad de los actos de acoso.

(...) de los hechos probados tan graves se evidencia la alteración grave de la vida en condiciones de normalidad para cualquier persona, a tenor del escenario que se provoca en el hombre o mujer actos como los declarados probados que evidencian una alteración de su vida, y, además, grave.

(...) Con todo ello, no sería constitutivo de un delito de acoso actos que provoquen una mera molestia en el afectado y de carácter transitorio, o poco extendidos en el tiempo, así como poco persistentes, por lo que debemos situar el pórtico hacia abajo en la mera molestia y hacia arriba en el acoso según sea el tipo de acoso, su duración en el tiempo, y persistencia que excedan de una mera molestia obvia que toda persona pueda experimentar ante este tipo de conductas.

Del análisis doctrinal y jurisprudencial que podemos extraer de este elemento del tipo penal de afectación a la víctima de los actos de acoso por alteración grave de la vida cotidiana podemos fijar las siguientes conclusiones interpretativas acerca de lo que puede denominarse de concepto jurídico indeterminado exigido de unificación de criterio:

1. Exigencia de que consten actos de acoso reiterado y persistente que evidencien, y así se deduzca de los hechos probados, una afectación grave o alteración en el devenir de la víctima, en su vida privada, laboral o relaciones con terceros. Se exige, así, que la vigilancia, persecución, aproximación, establecimiento de contactos incluso mediatos, uso de sus datos o atentados directos o indirectos, sean insistentes y reiterados lo que, en condiciones normales, ha de provocar una alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana.

2. No hace falta que se evidencie que de esos hechos probados le afecte en todas sus esferas de la vida, pero sí que trascienda en una alteración en sus comportamientos que provoque un cambio diferencial, en el «antes» y el «después» a los actos de acoso que quede reflejado en la sentencia. Es decir, que sea lógico que por la gravedad de la conducta determine un cambio relevante en algunas de sus conductas relevantes de su quehacer diario; cambios que provocan una alteración, por ello, grave de su vida, pero que no puede exigir que le afecte en todas.

3. Debe ser más grave o superior la afectación a las meras molestias ante la inocuidad de los actos. Es decir, algo cualitativamente superior a las meras molestias.

4. Deben concurrir sumando los actos de acoso reiterados y persistentes en el tiempo con la alteración grave de la vida cotidiana, a no confundir con actos que no puedan ser tenidos en cuenta como de acoso por su falta de persistencia en el tiempo, y reiteración como actos del artículo 172 ter CP, (es decir, meros actos puntuales y aislados) y que por la susceptibilidad de la víctima le provoque una grave alteración de la vida cotidiana. Por ello, debe partirse no de una noción subjetiva de la víctima de este elemento adicional, sino de una objetivación de la suma de actos de acoso susceptibles de provocar y que provoquen esa alteración grave de la vida cotidiana de la víctima.

5. En cualquier caso, ante esa graduación de exigencias de la alteración grave de la vida hay que atender al estándar del «hombre/mujer medio/a», aunque matizado por las circunstancias concretas de la víctima (vulnerabilidad, fragilidad psíquica...) que no pueden ser totalmente orilladas.

6. Se exige el resultado de alteración de la vida cotidiana en un grado elevado de importancia, no siendo suficiente con el mero acoso intrascendente o leve para el sujeto pasivo.

Hay que diferenciar las conductas que pueden alterar el desarrollo de la vida cotidiana de un sujeto y que se encuentran en el campo de actuación del Derecho Penal, y los comportamientos sociales que no llegan a constituir tipos delictivos. El principio de intervención mínima excluiría de la tipicidad actos aislados de molestias irrelevantes y sin capacidad para provocar esa consideración de acoso. La molestia no es acoso. Sí, la persistencia de actos acosadores que altere de forma grave la vida de la víctima.

7. Los actos probados de acoso deben evidenciar que, en condiciones de normalidad, suponen una obligación de modificar sus hábitos, o la prohibición de realizar determinadas conductas por ese sentimiento de inseguridad que le provoca el acosador por los actos que consten probados.

8. Se exige, por tanto, el resultado de alteración de la vida cotidiana en un grado elevado de importancia que se desprenda o fluya del relato de hechos probados, pero por la entidad de éstos, no siendo suficiente con el mero acoso intrascendente o leve para el sujeto pasivo. Ahora bien, hay que diferenciar las conductas que pueden alterar el desarrollo de la vida cotidiana de un sujeto y que se encuentran en el campo de actuación del Derecho Penal, y los comportamientos sociales que no llegan a constituir tipos delictivos.

9. En esta exigencia de que los actos de acoso produzcan una grave alteración de su vida cotidiana el resultado del delito debe interpretarse conforme al patrón objetivo de víctima. No se admiten conductas *ex ante* que no son adecuadas para alterar gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima, o para causar una trascendente limitación de su libertad de obrar por la sola circunstancia de hallarnos frente a una víctima en exceso sensible.

La susceptibilidad de la víctima para alterar su vida ante meras molestias que no puede incardinarse en actos de acoso no permite entender cometido el delito. Puede recurrirse, así, a criterios como el de la causalidad adecuada entre los actos de acoso declarados probados y la grave afectación y alteración de la vida a raíz de estos que, por su persistencia, continuidad en el tiempo y entidad permitan su capacidad y causalidad de provocar por esta entidad de los actos causar estas graves alteraciones en la vida del sujeto, fuera de su susceptibilidad de cambiarla ante la más mínima adversidad y entendido como de percibirlo por el hombre/mujer medio/a.

10. El bien jurídico protegido por el delito de acoso debe estar conectado con el sentimiento de seguridad y tranquilidad de la víctima que merece para evitar estos actos acosadores que por su entidad y gravedad le provoquen cambios en su rutina de vida.

11. Se configura como un delito contra la libertad de obrar. Así, la alteración de las rutinas y hábitos de la víctima viene propiciada, como hemos expuesto, por el atentado contra la tranquilidad y seguridad de la misma.

Se atiende, así, al menoscabo generado en los principales bienes jurídicos protegidos por el tipo penal, que el legislador se refiere a intensas alteraciones en la paz y tranquilidad cotidianas de la víctima, un estado de alerta y tensión psicológica, o al impedimento del despliegue de sus derechos y libertades, llevándola a una modificación de sus hábitos cotidianos. No se exige en su totalidad, pero sí con entidad de relevancia de alteración de hábitos en nexo causal con los actos de acoso.

12. No cabe admitir la predisposición de la víctima a que ante cualquier acoso aislado y no persistente, o que reúna la entidad del tipo penal pueda provocar la alteración grave de la vida.

13. No se exige que se tenga que aportar al juicio una prueba pericial psicológica sobre la que se acredite la afectación a la psique de la víctima de esa situación de acoso o acecho, y que ello determine una grave alteración de su vida, ya que de ser así en el caso de víctimas más fuertes mentalmente resultaría que el acosador podría ejercer estas conductas sin que sean delito. Con ello, entendemos que la propia declaración de la víctima ya es prueba válida para poder entender que el delito del artículo 172 ter CP se ha cometido.

(...) El legislador ha querido introducir en el tipo penal en el apartado 2.º la especialidad propia del acoso en la violencia de género, para señalar que, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, se impondrá

una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días.

Y se trata de un hecho grave ocurrido en caso de ex pareja que puede dar lugar a más graves consecuencias, en cuanto los actos de acoso en casos de pareja o ex pareja deben observarse con cautela y cuidado, ante la posibilidad de una elevación del estado de riesgo de la víctima en el caso de persistencia en los actos de acoso y la posibilidad de un salto cualitativo en la gravedad del mismo.

Este se puede decir que es el motivo por el que el legislador incluyó este tipo penal en la LO 1/2015 de 30 de marzo. Y lo hizo con perspectiva de género. Con la que hay que tener para calificar estos hechos como un delito de acoso o *stalking* en situación de pareja o ex pareja, al configurarse una especialidad concreta dentro del tipo penal básico del artículo 172 ter CP por la especial situación de dominio o poder que quiere ejercer la ex pareja (...). Y todo ello, bajo el mensaje serio, claro y concluyente que se desprende de los actos de acoso, que no es otro que el de trasladar a la víctima la dominación que se ejerce sobre ella, en el sentido de que no la va a dejar en libertad y que quiere una dependencia del autor del acoso mediante el despliegue de actos acosadores que evidencien que debe volver con él

De la misma manera, por medio de la sumisión psicológica supone el *stalking* una conducta del autor que subyuga psicológicamente a su víctima bajo la traslación de la idea de que no parará hasta que vuelva con él.

Esta es la filosofía del acoso en los casos de relaciones de ex parejas en las que uno de sus miembros no acepta la ruptura y ejecuta actos de *stalking* con la idea de que quien ha querido la ruptura «reconsiderare» esa decisión y vuelva con el acosador. Pero sabiendo la víctima de que si así fuera no es porque el acosador fuera a cambiar sus conductas que dieron lugar a que se produjera esa ruptura, sino, obviamente, para incrementar la presión psicológica, porque es el *modus operandi* que despliega el acosador hacia su víctima.

En el presente caso nos encontramos con un patrón de conducta reiterado que fluye de los hechos probados en cuanto a un comportamiento de acoso que tiende, o tiene como fin, vencer la voluntad de la víctima de mantener la ruptura y, por esta presión que ejerce con el acoso, regresar con el acosador, que es, al fin y al cabo, lo que se pretende con los actos de acoso en las relaciones de ex pareja en las que uno de ellos ha propiciado la ruptura y el otro no la acepta y realiza actos de acoso para conseguir revertir la situación y que la víctima de *stalking* revoque de modo involuntario y propiciado por los actos de acoso su decisión de romper su relación y regrese con el acosador.

La esencia del tipo penal, y, sobre todo, relacionado con hechos de violencia de género, como son los de acoso en situación de ex pareja, deben ser contemplados con perspectiva de género, ya que no es lo mismo una situación de acoso existente entre extraños, o conocidos, que en el vínculo de la relación de pareja, o ex pareja, en donde los lazos interpersonales que se han creado intensifican la situación de exigencias del acosador de dominación, o humillación, sobre la víctima que es, o ha sido, su pareja para conseguir la creación de unas ataduras físicas y psicológicas que evidencien esa sumisión que quiere trasladar el acosador sobre su víctima de que no se resista al acoso y vuelva con él.

Los actos de acoso se identifican, así, como mensajes claros del acosador sobre su víctima de que es una advertencia de que en el paso siguiente los actos se pueden transformar en el ejercicio de la violencia, porque el acoso se cualifica como la posible antesala de aquella, y es el miedo que se quiere trasladar a la víctima de que esa violencia puede llegar en cualquier momento tras el *stalking*. Es la forma de entender el mensaje subliminal que se quiere trasladar con el acoso por el sujeto activo al

pasivo, fijando la traslación psicológica de que el miedo se apodera en la víctima y acabe cediendo ante el peligro que le supone que los actos de acoso se transformen en algo más grave.

Esta es la finalidad, pues, del acoso, tendente a acabar con la resistencia de la víctima con un «no» a las pretensiones del acosador, a fin de que aquella reciba el mensaje de que es preferible ceder a acabar con la causación por el acosador de un mal mayor físico sobre su vida o integridad física. Lo que se pretende, así, es acabar con la libertad de la víctima a la hora de decidir con quién quiere estar, que es lo que ocurre con el acoso de género. De ahí, que sea preciso concebirlo, entenderlo y valorarlo desde una perspectiva de género, que es la única que va a permitir entender la posición en la que se encuentra la víctima ante serios y clarividentes actos de acoso por parte de su ex pareja.

Además, a la hora de valorar los casos concretos y la concurrencia de los elementos del tipo penal es preciso acudir –sobre todo en atención al componente de la alteración grave de la vida cotidiana de la víctima–, a la distinción entre el acoso de ex pareja y el acoso y situación ajena al ámbito de la pareja, dado que el primero tiene una contextualización más grave que la segunda, en razón a la peligrosidad de la ejecución posterior de los actos de acoso, lo que no tiene por qué darse obligatoriamente en la relación de actos de acoso y situación de personas que no tienen relación o vínculo de pareja.

Por ello, señalamos que hay que enfocar estos casos y hechos con la perspectiva de género, que es un elemento sustancial y esencial a la hora de valorar y considerar en qué medida el acoso en relación ex pareja provoca una alteración grave de la vida cotidiana de la víctima, por esa elevación en la psique de la víctima de la posibilidad de ejecución de actos más graves que los meros de acoso.

En este sentido, el enfoque de la alteración grave de la víctima se evidencia en la propia redacción de hechos probados y su capacidad objetivable de que esa vida de la víctima se vea alterada por la circunstancia del temor que le causen de forma objetiva los actos de acoso, ya que no es posible subjetivizarlo, porque de esta manera las víctimas resilientes con capacidad de aguantar sufrimiento permitirían que sus acosadores no delinquieran, de ahí que en la sentencia reciente de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo 599/2021 de 7 Jul. 2021, Rec. 3852/2019 se haya puesto el enfoque en la propia utilización de la objetividad de los actos de acoso y su propia capacidad de ejercer cambios en la vida de la víctima, por la propia gravedad de los hechos (...) el juicio de subsunción es evidente, dado que:

a) Es evidente la intención de control y dominación del autor del acoso sobre su víctima.

1. El autor le pedía explicaciones por la ruptura. Consta en los hechos probados.
2. El autor se acercaba a su casa constantemente con el fin de controlar sus movimientos. Consta en los hechos probados.

b) No aceptaba la ruptura de la relación y quería anular la voluntad de su víctima y su capacidad para decidir libremente la persona con la que quería estar. Consta en los hechos probados.

c) La finalidad de los actos de acoso consta claramente en los hechos probados, esto es:

1. Las llamadas en un importante volumen en un corto periodo de tiempo se hacen para pedirle explicaciones por la ruptura. No están dirigidas a preguntarle por hechos insignificantes o que no denoten peligro. Él quería hacerle ver que no le iba a

ser tan fácil a la víctima desentenderse del acosador, y lo que pretendía es vencer su resistencia mediante la persistencia de los actos de acoso (...).

2. Y, además, pasa en numerosas ocasiones por su casa «para controlar sus movimientos» según el relato de hechos probados.

d) Pero, además, cuando comprueba que todo ello no le hace efecto a la víctima al no ceder a sus pretensiones por métodos de acoso y presión psicológica se acerca a su casa una noche y le espeta que «tú no vas a ningún lado, tú vienes a hablar conmigo».

e) En consecuencia, resulta evidente que todos estos actos alteraron gravemente la vida cotidiana de la víctima, dada la objetividad y capacidad para hacerlo de alterar su vida de forma notable al referirse a una constante presión que solo concluye cuando se presenta la denuncia. Ciertamente el hecho probado de la sentencia del Juzgado de lo Penal peca en alguna medida de pobreza descriptiva. Ciertamente del relato se infiere la aptitud de las conductas desplegadas por el acusado de forma insistente para alterar o incidir en los hábitos de vida de la acosada. Esa idea, implícita en el *factum*, viene a ser confirmada y subrayada en la fundamentación jurídica. Se otorga pleno crédito a las declaraciones de la víctima. En ellas, amén de lo recogido expresamente en el hecho probado, se refiere cómo –lo que resulta congruente con la situación de acoso a que se veía sometida– dejó de asistir al trabajo algunos días para sacudirse esa sensación de hostigamiento o se inhibía en ocasiones de salir a la calle para no ir sola; amén del incidente de la cena. Hay pues efectiva alteración de la vida cotidiana que se trasluce en el hecho probado en inferencia que viene a refrendar inequívocamente la fundamentación. La avaricia narrativa del hecho probado explica seguramente la decisión de la Audiencia Provincial al revocar la sentencia. Era realmente deseable y más ortodoxo consignar más claramente en el hecho probado y no solo dejarlo entrever obligando a la inferencia en lo que se tradujo esa alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana que no deja de ser un elemento del tipo. Pero, en cualquier caso, el hecho probado, leído a la luz del conjunto de la sentencia, es suficiente para sostener que la subsunción jurídica realizada por el Juzgado de lo Penal fue correcta. En esto volveremos a incidir reflejando en qué se tradujo *in casu* esa alteración exigida por el tipo.

(...) Ello evidencia que consta en la sentencia que los actos de acoso alteraron gravemente la vida de la [víctima], reuniendo el elemento objetivo del tipo penal del artículo 172 ter CP, ya que:

- a) Dejó muchos días de ir a trabajar.
- b) No salía de casa para no ir sola.
- c) El autor acudía a su trabajo y la controlaba.
- d) El autor le dijo que «ya te pillaré, ya te cogeré» y entendió que era una amenaza por algo que le podía pasar si ella no se comportaba como él quería (todo ello adicionado al contexto de los actos de acoso centrados en multitud de llamadas, aproximaciones por su lugar de trabajo y su casa, etc.).
- e) Consta en la sentencia la vigilancia extrema a la que le sometió como se recoge en los hechos probados y se argumenta en la sentencia.
- f) Todos estos actos evidencian la alteración grave de la vida cotidiana de la víctima, y, además, son actos de acoso que desde un punto de vista objetivable son tendentes a provocar en cualquier persona (hombre/mujer medio) esa alteración grave de su vida.
- g) No se trata de meras molestias que pudiera haber causado el autor a la víctima. No es eso lo que se desprende del relato de hechos probados, ni de la probanza del plenario constituida por la propia declaración de la víctima, la adveración del



letrado de la AJ acerca de la existencia de las llamadas y la declaración de una amiga de la víctima.

No puede entenderse que son meras molestias que esté obligada a soportar la víctima, sino de actos graves de control.

Pues bien, del criterio ya expuesto y citado de la Sentencia reciente de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo 599/2021 de 7 Jul. 2021, Rec. 3852/2019 podemos aplicar al caso presente los siguientes también:

1. La alteración grave de la vida cotidiana de la víctima puede hasta desprenderse con normalidad de la forma en la que se han realizado los actos de acoso mediante un juicio de racionalidad de afectación a la psique de la víctima en razón a la gravedad de los actos de acoso, su visceralidad, y el carácter que a la víctima le puedan representar como creíbles los actos de acoso del acosador y la creencia o percepción en la víctima de que se pueda pasar de los actos de acoso a actos de violencia.

2. Estos mensajes, seguimiento y llamada, sobre todo, los primeros, de gran número, son capaces por sí solos de perturbar los hábitos, costumbres, rutinas o forma de vida de cualquier persona, atendido el estándar del hombre/mujer medio/a. Y los mismos actos de los hechos probados, cubren las exigencias que esta Sala viene reclamando del tipo del artículo 172 ter CP, a saber, insistencia, reiteración, repetición, reflejo de un mismo patrón o modelo sistemático, existencia de una voluntad de perseverar en esas acciones intrusivas, superando con creces lo puramente episódico o coyuntural y carencia de legitimación, o autorización para obrar de esa manera. Por el período de tiempo durante el cual se envían y por su contenido, el desvalor que encierran es de muy alta entidad, suficiente para activar la reacción penal.

3. No sería constitutivo de un delito de acoso actos que provoquen una mera molestia en el afectado y de carácter transitorio, o poco extendidos en el tiempo, así como poco persistentes.

4. Los actos probados de acoso deben evidenciar que, en condiciones de normalidad, suponen una obligación de modificar sus hábitos, o la prohibición de realizar determinadas conductas por ese sentimiento de inseguridad que le provoca el acosador por los actos que consten probados.

5. Se exige, por tanto, el resultado de alteración de la vida cotidiana en un grado elevado de importancia que se desprenda o fluya del relato de hechos probados, pero por la entidad de éstos, no siendo suficiente con el mero acoso intrascendente o leve para el sujeto pasivo.

6. En esta exigencia de que los actos de acoso produzcan una grave alteración de su vida cotidiana el resultado del delito debe interpretarse conforme al patrón objetivo de víctima.

7. Se configura como un delito contra la libertad de obrar. Así, la alteración de las rutinas y hábitos de la víctima viene propiciada, como hemos expuesto, por el atentado contra la tranquilidad y seguridad de la misma.

Se atiende, así, al menoscabo generado en los principales bienes jurídicos protegidos por el tipo penal, que el legislador se refiere a intensas alteraciones en la paz y tranquilidad cotidianas de la víctima, un estado de alerta y tensión psicológica, o al impedimento del despliegue de sus derechos y libertades, llevándola a una modificación de sus hábitos cotidianos. No se exige en su totalidad, pero sí con entidad de relevancia de alteración de hábitos en nexo causal con los actos de acoso.

(...) Se ha expuesto con anterioridad que estos supuestos del artículo 172 ter.2 CP en cuanto a acoso en relación de ex pareja debe contemplarse con perspectiva de género. Y ello, porque tras esta relación de ex pareja es donde surge la apreciación

del elemento subjetivo que encierra la conducta del autor, aunque no se exige en el tipo penal del artículo 172 ter.2 CP, de una específica intención concreta de dominación, y la objetivación tanto de los actos de acoso, cuya entidad y relevancia permitirán derivar la alteración grave de la vida de la víctima en el contexto en el que se produzcan, que es lo que ocurre en este caso, ya que se trata de un contexto de previa ruptura donde el autor no la acepta y esta es la causa eficiente de sus actos de acoso dirigidos específicamente, y con significado causal, a conseguir el efecto que pretende, como es que la víctima vuelva con él, pese a haberle manifestado ella su deseo de ruptura.

El autor pone en la vida de la víctima todo un elenco de conductas destinadas a que ella perciba el mensaje de que «o acepta regresar o no cesará en el acoso». Con ello, se traslada a la víctima que la única forma de no estar ni ser acosada es la de ceder a las pretensiones del autor.

En cualquier caso, es importante destacar la diferencia que en estos casos debe tener el «estar o ser acosada» con la de «sentirse acosada», ya que solo la primera es válida para la configuración del delito, por cuanto el tipo penal se configura solo desde la objetivación de los actos de acoso, no de la sensación de la víctima de serlo, —aunque la entidad de los actos no sea grave—, ya que en casos de personas muy susceptibles podrían sentirse acosadas ante mínimos y aislados actos de acoso que no reúnan el requisito de la persistencia y seriedad de los actos. La cuestión es, pues, no de lo que se siente, sino si se trata de actos de acoso susceptibles de integrar la conducta penal del artículo 172 ter CP.

Además, habida cuenta que este delito se implantó en el derecho anglosajón, y de ahí se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico por la LO 1/2015 de 30 de marzo, debemos recordar que los anglosajones destacan la esencia en estos casos de dos cuestiones básicas, a saber:

a) *Whether or not the stalker intends to frighten, intimidate or threaten someone does not matter, as long as the stalker knows that such behavior could cause a reasonable person to feel frightened, intimidated or threatened.*

No importa si el acosador tiene la intención de asustar, intimidar o amenazar a alguien, siempre que sepa que tal comportamiento podría hacer que una persona razonable se sienta asustada, intimidada o amenazada.

b) *Stalking is a «course of conduct», meaning it involves repeated, continuous behavior. Unwanted behaviors may not seem that alarming if considered separately as single incidents, but when the pattern of behaviors is considered altogether and over time, stalking becomes apparent and alarming.*

El acecho es un «curso de conducta», «o comportamiento» lo que significa que implica un comportamiento continuo y repetido. Los comportamientos no deseados pueden no parecer tan alarmantes si se consideran por separado como incidentes únicos, pero cuando el patrón de comportamientos se considera en conjunto y con el tiempo, el acecho se vuelve aparente y alarmante.

Aquí radica la clave del acoso, porque no se exige el elemento intencional en el acosador, sino si sus actos integran y tienen entidad para constituir un acoso penal. Y, en segundo lugar, es clave la continuidad del comportamiento, que se configura con que los actos sean reiterados, lo que se colige de los hechos probados de la sentencia en este caso.

(...) La cifra del porcentaje de víctimas acosadas es brutal y hace evidente que se trata de un ilícito penal y no de un mero tema conductual sin gravedad. El acoso es un

hecho muy grave, porque cambia la vida de la víctima y su comportamiento consigo misma y con los demás, ante el lógico incremento de las precauciones y prevenciones que debe tomar para evitar un ataque grave del acosador. Desconoce cuál será el siguiente paso del acosador, y ello le genera más miedo, si cabe, y más inquietud, intranquilidad y temor al no saber hasta dónde está dispuesto a llegar el acosador si la víctima de su ex pareja no acepta regresar con él.

Y el componente de afectación a la vida cotidiana de la víctima que es elemento del tipo se evidencia desde esa objetivación de los actos capaces de provocar esa reacción en la víctima que tenga como consecuencia que altere sus hábitos de conducta por el miedo que integra el no saber la siguiente reacción o paso del acosador. Ello se eleva en los casos de violencia de género; de ahí, la necesidad de tener que enfocar el acoso de la pareja o ex pareja con perspectiva de género como mantenemos. Porque solo desde este enfoque se puede entender el drama que sufre la víctima acosada que sabe que el origen del acoso data de ese sentimiento de posesión del acosador sobre su víctima.

Porque solo desde esa posición de dominación se lleva a cabo el acto de acoso en los casos de ex pareja que desea regresar con quien no quiere voluntariamente regresar a esa relación anterior.

Precisamente, cuando en la LO 1/2015 de 30 de marzo se introduce este tipo penal del artículo 172 ter CP se recoge en la Exposición de Motivos que: también dentro de los delitos contra la libertad, se introduce un nuevo tipo penal de acoso que está destinado a ofrecer respuesta a conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como coacciones o amenazas. Se trata de todos aquellos supuestos en los que, sin llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito o no de la intención de causar algún mal (amenazas) o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima (coacciones), se producen conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento.

Justo es lo que en este caso ha ocurrido y se refleja en los hechos probados; es decir, llamadas, vigilancias constantes que, al final, es un continuo hostigamiento expresado con la frase que pronuncia de que tú no vas a ningún lado, tú vienes a hablar conmigo; expresión enraizada en el objetivo de entender el acosador la relación de pareja enmarcada en el derecho de posesión del hombre sobre la mujer, y que considera el autor que le da derecho a mandar esos mensajes, o ejercer las vigilancias, como una expresión más de ese derecho que pretende ejercer y que es una especie de deber de la víctima-mujer aceptar las pretensiones del acosador de que aquella vuelva a la relación de pareja sin poder tener una libertad de decisión sobre si quiere volver con él, o no.

El acosador no quiere conceder derecho alguno a la víctima de decidir, y los actos de acoso enmarcados en el artículo 172 ter.2 CP en el *stalking* de género tienen una configuración excluyente de la libertad de decidir de la mujer acerca de con quién quiere estar, no dándole opción el autor de que pueda hacerlo con otra persona que no sea él. Esta es la verdadera esencia del acoso y su naturaleza específica en el conocido mensaje de «o eres mía o no eres de nadie». Es la configuración de lo que podría denominarse como el ejercicio del derecho de propiedad y posesión en el acoso como violencia de género. Todo ello, desde la perspectiva de género con la que deben interpretarse y aplicarse este tipo de hechos.

(STS 843/2021, de 4 noviembre)

## ARTÍCULO 183 CP

*Abusos sexuales a menores de 16 años. Actuación conjunta de dos o más personas: su ámbito de aplicación queda reservado para las agresiones sexuales y es incompatible su aplicación al delito de abusos sexuales a menores de 16 años.*

Los antecedentes que encontramos, relativos a la apreciación de la agravación que nos ocupa, son los que ha ido conformando nuestra jurisprudencia en torno a igual circunstancia del artículo 180.1.2.<sup>a</sup> CP, que, relativo a las agresiones sexuales de los artículos 178 y 179, consideraba una agravante propia de éstas, «cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas».

Por el contrario, en relación con el delito de abusos sexuales del artículo 180, en que sus circunstancias de agravación eran por remisión a las del delito de agresiones sexuales, no se mencionaba la 2.<sup>a</sup> del artículo 180, lo que apuntaba a que dicha circunstancia no era compatible con el delito de abusos sexuales.

Sucede, sin embargo, que, en relación con los atentados contra la libertad sexual de los menores, se agrupan en un mismo capítulo tanto las agresiones, como los abusos sexuales, y sin distinción, tanto para unas como para otros, se coloca como circunstancia de agravación la 4.b) del artículo 183 CP.

Con estos antecedentes, nos parece razonable que el Ministerio Fiscal se haya cuestionado la aplicación de la agravante, tanto que, en nuestra opinión, ha de ser suprimida, y, para llegar a tal conclusión, comenzaremos haciendo un repaso por nuestra jurisprudencia (...).

(...) en la STS 585/2014, de 14 de julio de 2014, decíamos lo siguiente:

«La ratio agravatoria de la cualificación, según la doctrina mayoritaria tendría su base, entre otras, en las siguientes razones:

- a) en la acusada superioridad que proporciona al sujeto activo la intervención de otros.
- b) se produce un mayor aseguramiento de los designios criminales, al intensificarse la intimidación con la efectiva disminución de la capacidad de resistencia de la víctima.
- c) existen menos posibilidades de defensa de la víctima y por contra mayores facilidades para plegarse a las pretensiones de los agresores, consecuencia de la mayor potencialidad lesiva.
- d) mayores dificultades para defenderse o intentar la huida. Facilita la ejecución del delito por la mayor indefensión que ocasiona».

Como vemos, la razón de agravación de la circunstancia, que se pone en relación con actuaciones de contenido violento y/o intimidatorio, se encuentra en la superioridad que genera sobre la víctima, a quien coloca en una situación en la que quedan disminuidas sus posibilidades de defensa frente a actuaciones que no consiente, con lo que, al ser esto así, en una interpretación sistemática del propio artículo 183, debe llevar a la conclusión de que, por más que en el mismo se agrupen ambos delitos, a cada cual le han de ser de aplicación las circunstancias que sean compatibles con él, por ello que no quepa en el delito de abusos sexuales, pues, siendo consentidos, no se aprecia el menor vestigio de violencia o intimidación, y es que no tiene por qué haber un tratamiento penal distinto por la circunstancia de que la víctima sea menor, o mayor, ya que los elementos para la valoración de la conducta, que están en función de los medios para vencer la oposición de la víctima, no tienen por qué diferir en razón a la edad, cuando no hay ninguno que aplicar ante el consentimiento de ésta. Y

esto que decimos, hasta tal punto es así, que el propio legislador ha caído en la cuenta del diferente tratamiento al que deben quedar sujetas estas ilícitas conductas sexuales, según haya mediado violencia o intimidación, caso de las agresiones sexuales, o no, de los abusos sexuales, como resulta de los términos en que ha quedado redactado el artículo 183 quater, tras la reciente reforma habida por LO 8/2021, de 4 de junio, en que ha limitado el efecto de exclusión de la responsabilidad criminal por el consentimiento libre del menor de 16 años, únicamente a los delitos previstos en el artículo 183.1 CP.

Así es, porque con anterioridad a dicha reforma la redacción de dicho artículo decía: «El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez», y sin embargo, con ocasión de la misma quedó redactado como sigue: «El consentimiento libre del menor de dieciséis años, excepto en los casos del artículo 183.2 del Código Penal, excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica», con lo cual, exceptuando de la aplicación de la exención el artículo 183.2, ésta no será extensiva a las agresiones sexuales a menores, quedando reducida su aplicación a los abusos sexuales del artículo 183.1. Trasládese el mismo planteamiento a la agravación del 183.4.b) y se comprenderá que su ámbito de aplicación ha de quedar reservado para las agresiones sexuales y su incompatibilidad de aplicación en el delito de abusos sexuales.

(...) Acudiendo a los hechos declarados probados, es pasaje clave para valorar la conducta que se enjuicia el que dice lo siguiente:

(...) «no apreciamos la concurrencia de violencia o intimidación..., ni que la acción sea conjunta, en el sentido que exige el apartado b del número 4 del artículo 183 [...]. Estamos ante una relación sexual, prohibida, de dos personas con una menor de dieciséis años, lo que impide la aplicación de la circunstancia de agravación y que en este caso permite que cada uno responda únicamente por su delito y no, por ninguna vía del cometido por el otro».

Frente a ese razonamiento, la STSJ, para apreciar la agravación argumenta: «en el presente caso tal como se describe en los hechos probados el acometimiento sexual al participar los dos recurrentes en un mismo momento con penetraciones anales y vaginales disminuyó las posibilidades de defensa eficaz de la víctima al margen de la situación especialmente vejatoria».

Volviendo a los hechos probados, en particular al párrafo transcrito, en que se describen los actos de carácter sexual, vemos que en ellos no se dice que los dos condenados participaran en un mismo momento en lo que, al llamarlo acometimiento la STSJ, encierra una acción de ímpetu, sino que simplemente se describe que la menor tuvo relaciones sexuales completas con los dos, no precisándose que fuera producto de actuación violenta o intimidatoria alguna, sin que se diga, tampoco, que fueron en un mismo momento, por lo que bien pudieron serlo en sucesivos, y se añade por el TSJ que disminuyó las posibilidades de defensa eficaz, sin que del contexto con que se describen los hechos haya dato del que extraer tal circunstancia, por lo que, si no medió violencia o intimidación, sino que estamos hablando de actos sexuales consentidos, de nada hay que defenderse. Ni siquiera se dice en el hecho probado que, para la práctica de la acción sexual de cada uno de los condenados, hubiera mediado acuerdo, o que hubiera habido algún tipo de contribución de uno al acto sexual del otro, ni encontramos dato alguno del que poder deducir alguna de estas circunstan-

cias, a partir de las cuales apreciar una presión que contribuyera a doblegar la voluntad de la menor en esos actos de contenido sexual.

En efecto, al estar hablando de unas relaciones sexuales consentidas, resulta difícil contar con el presupuesto de partida para apreciar la agravación que analizamos, pues el solo hecho de que fueran dos personas las que las mantuvieran no es suficiente para su apreciación, más cuando ni se da por probado que hubiera algún tipo de concierto, previo o sobrevenido, expreso o tácito, ni hay elementos en esos hechos probados para entender que lo hubo, del que deducir una confluencia o conjunción de acciones que permitan pensar en dicha presión sobre la víctima, con lo que, al ser esto así, resulta incompatible hablar de disminución de posibilidades de defensa, porque de nada tiene que defenderse quien consiente una relación a la que no se ve presionada a realizar.

Procede, por tanto, desestimar el motivo.

(...) La jurisprudencia de esta Sala ha venido examinando de oficio cuestiones, que sean por *error iuris*, favorables al acusado, con independencia de que formalmente las introdujera la defensa, criterio que seguiremos, por cuanto que, aunque ésta no lo haya hecho, al hacer mención a la cláusula de asimetría del artículo 183 quater CP, basada en el consentimiento sexual, se ha planteado el Tribunal la posibilidad de su aplicación, dado que, como hemos dicho en el fundamento precedente, al ser los hechos constitutivos de delitos de abuso sexual a menor de dieciséis años, cabe su apreciación, siempre desde el respeto a los hechos probados, más alguna mención de corte fáctico que encontramos en la sentencia de instancia.

1. Entre las consideraciones que se hacen en el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, sobre las modificaciones que se introducen en el CP en los delitos contra la libertad sexual, por referencia a la transposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, se dice que «como novedad más importante, se eleva la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años. La Directiva define la «edad de consentimiento sexual» como la «edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho Nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor». En la actualidad, la edad prevista en el Código Penal era de trece años, y resultaba muy inferior a la de los restantes países europeos –donde la edad mínima se sitúa en torno a los quince o dieciséis años– y una de las más bajas del mundo. De esta manera, la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez», de ahí la referida cláusula de exclusión del referido artículo 183 quater.

La modificación de la edad fue trascendente, tanto que, en nuestra STS 782/2016, de 19 de octubre de 2016 decíamos lo siguiente: «En efecto, con anterioridad a esa reforma, el artículo 183.1 del CP, redactado conforme a la LO 5/2010, 22 de junio, consideraba la edad de 13 años como determinante de la capacidad de autodeterminación en la esfera sexual. Fue en la reforma de 2015 cuando el umbral cronológico para la prestación del consentimiento –con la regla de exclusión prevista en el artículo 183 quater–, se fijó en 16 años. La entrada en vigor de esta reforma se produjo el 1 de julio de 2015, por mandato de la disposición final octava de la ya citada LO 1/2015. El simple contraste entre esas fechas pone de manifiesto que, hasta el día 1 de julio de 2015, las relaciones sexuales mantenidas con una persona que ya hubiera cumplido 13 años y estuviera en condiciones de consentir libremente quedaban extramuros del derecho penal», que es lo que hubiera sucedido, de haber ocurrido los hechos que nos ocupan un año antes.

Sentado que los hechos han de ser calificados como delito de abusos sexuales sobre menor de 16 años, la sentencia de instancia dice textualmente: «estamos ante una relación sexual prohibida, de dos personas con una menor de dieciséis años», que recuerda la frase que encontramos en nuestra Sentencia 1001/2016, de 18 de enero de 2017, cuando en el artículo 183 CP estaba la edad de consentimiento sexual en los 13 años, en la que se decía que «por lo tanto si cuando se producen los hechos la menor tenía 11 años y ocho o nueve meses «dependiendo de cuando empezaron las relaciones», como sienta la Audiencia, no se ha infringido el artículo 183 CP que se invoca, pues en rigor no se trata de que el consentimiento sea válido o inválido conforme a la capacidad del sujeto pasivo sino que por decisión del legislador las relaciones sexuales con menores de la edad establecida en el texto legal están prohibidas», que, en definitiva, es la misma manera como hemos visto que se expresa la Directiva 2011/93/UE, que define la «edad de consentimiento sexual» como la «edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho Nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor».

En la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del artículo 183 quater, se decía lo siguiente:

«Tras la reforma de 2015, nuestro Código Penal establece una presunción *«iuris tantum»* de falta de capacidad de los menores de dieciséis años para consentir relaciones sexuales. Para enervarla no será suficiente con acreditar la madurez del menor, sino que será necesaria igualmente la proximidad en grado de madurez y edad del adulto interviniente.

La eficacia del consentimiento es admitida en nuestro Derecho cuando el tipo exige, expresa o tácitamente, la oposición de la víctima. Así, en la Parte Especial, el Código Penal concede eficacia justificante al consentimiento en algunos supuestos de lesiones, pudiendo considerarse justificadas aquellas conductas típicas que aparezcan como una forma del libre desarrollo de la personalidad del que las consiente, conforme al artículo 10 de la Constitución, que declara fundamento del orden político y de la paz social el «libre desarrollo de la personalidad».

Con anterioridad a la introducción del artículo 183 quater y, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, no existían en España reglas específicas sobre el requisito de asimetría de edades en la tipificación de los delitos contra la indemnidad sexual. La elevación de la edad de consentimiento de los trece a los dieciséis años acrecentó la necesidad de incluir en la regulación de los delitos sexuales cometidos sobre menores una cláusula de exención de la responsabilidad penal que, dentro de determinados límites, concediera relevancia al consentimiento de los menores, tal como fue sugerido por el Consejo Fiscal en su informe de 8 de enero de 2013 al Anteproyecto de reforma del Código Penal».

La edad de consentimiento sexual, como resulta de la mencionada Directiva 2011/93/UE, la fija la norma, y es aquella por debajo de la cual el legislador prohíbe realizar actos sexuales, porque parte de la consideración general de que no se tiene capacidad para consentirlas, de ahí que en la Fiscalía se hable de una presunción *iuris tantum* al respecto, que, por lo tanto, admite prueba en contrario (art. 385.3 LEC), como resulta del pasaje antes transcrito del Preámbulo de la LO 1/2015, que considera, por lo tanto presume, que es un hecho delictivo la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años, pero que, sin embargo, lo salva si se trata de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez, que traslada a la cláusula de exclusión del referido artículo 183 quater, pues no deja de ser consciente de que, al elevar la edad, puede haber una realidad que choque con su previsión legal, de ahí la reflexión que encontramos en la

Circular citada, en referencia a la necesidad de incluir dicha cláusula, concediendo relevancia a su consentimiento dentro de ciertos límites. Dicho de otro modo, en el caso de los menores de dieciséis años, no se trata de que su consentimiento sea válido, o no, sino que el legislador ha considerado, como regla general, que las relaciones sexuales con ellos no son tolerables, por ello las prohíbe, a la vez que no reprocha las que consienta en los casos y circunstancias que ha contemplado en el artículo 183 quater, con lo cual no se está dando al consentimiento un tratamiento distinto al que se da en otros delitos en que el tipo exige la oposición de la víctima.

2. Recordamos que 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.

En relación con este artículo 183 quater, decíamos en nuestra Sentencia 478/2019, de 14 de octubre de 2019, que «la cláusula objeto de análisis devendrá 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».

En la sentencia de instancia se dice que no se aplica la exención de responsabilidad prevista en el artículo 183 quater, ante la incertidumbre sobre la presencia de consentimiento libre de la menor, lo que no podemos compartir, por cuanto que, si con anterioridad está diciendo que no se aprecia la concurrencia de violencia o intimidación, solo queda que se pudiera hablar de un consentimiento viciado por alguna circunstancia, que no se indica cuál pudiera ser, y que resulta difícil de encontrar por cuanto que estamos hablando de abusos sexuales a menor, en que es, exclusivamente, por razón de la edad lo que lleva a la subsunción de la conducta en el artículo 181.1 CP, por el que se condena, no por condicionante alguno que vicie su consentimiento, ante lo cual solo cabe considerar que el consentimiento fue libre.

Más dificultad entraña valorar los otros dos elementos, esto es, la proximidad en la edad y en la madurez o desarrollo físico y psicológico, pues 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 encontrarnos 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.

En este sentido la referida Circular de la Fiscalía 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». 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». Es cierto que, en el caso, el Tribunal no apreció la circunstancia al haber más de 8 años de diferencia entre la menor y el acusado y el diferente grado de madurez



entre una y otro, pero hace una consideración más de importancia: «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, en el examen del caso que nos ocupa, sí consideramos de aplicación la cláusula de exclusión, porque, en lo relativo a la edad, tenemos que la menor cuenta con 13 años cuando suceden los hechos, mientras que (...) con el cual había mantenido una relación previa «en régimen de noviazgo» durante el mes anterior a los hechos, según se dice en su fundamento quinto la sentencia de instancia, contaba con 20 años, y (...) con 19, con lo que la distancia entre las edades de la menor y los acusados no nos parece tan lejana como para dejar de apreciar el elemento de la proximidad, más si la ponemos en relación con el grado de madurez entre los tres intervinientes en los hechos.

En este sentido, cabe asumir que la madurez de la menor en lo físico y en lo psicológico no era muy distante de la de los acusados en lo que es el ámbito de las relaciones sexuales, que es en el que nos estamos moviendo (...).

(STS 828/2021, de 29 octubre)

## ARTÍCULO 189 CP

*Corrupción de menores: la posible iniciativa de la menor de 16 años para la realización de material pornográfico carece de relevancia al no tener el consentimiento efecto alguno; no se infringe el principio non bis in idem el delito de captación de menor para elaborar material pornográfico y el delito de tenencia de material pornográfico infantil para su propio uso, teniéndolo a su disposición de modo permanente.*

Las figuras delictivas de los artículos 189.1 a) y 189.2 a) –corrupción de menores de 16 años, mediante su captación o utilización para elaborar material pornográfico– y 183 ter 1 –acoso sexual sobre menor de 16 años, tratan de procurar y proteger a los menores que al encontrarse en un periodo trascendental de su personalidad, puede ésta verse afectada por actuaciones que puedan condicionar de un modo negativo la vida de futuro de aquellos y de alguna manera, limitada su propia dignidad, por lo que es irrelevante el consentimiento de la menor en este tipo de grabaciones.

En este sentido cabe señalar que la orientación de la vida sexual tiene singulares consecuencias sociales y el legislador puede proteger penalmente a quienes no tienen la madurez necesaria para decidir sobre ella, con el fin de posibilitar una decisión autorresponsable al respecto.

En efecto, tratándose de menores de 16 años, los artículos citados establecen una presunción *iuris et de iure* sobre la ausencia de consentimiento por resultar los supuestos contemplados incompatibles con la consciencia y libre voluntad de acción exigibles.

Hay presunción porque efectivamente se eleva a verdad jurídica lo que realmente es solo posible y siendo *iuris et de iure* no se permite, en principio, indagar las condiciones del menor para confirmar la existencia de una capacidad que la ley considera incompleta, porque en esas edades o los estímulos sexuales son todavía ignorados o confusos o, en todo caso, si son excitados, no pueden encontrar en la inmadurez psíquico-física del menor contraestímulos fuertes y adecuados, lo que implica que dicho menor es incapaz para autodeterminarse respecto del ejercicio de su identidad sexual,

negándole toda la posibilidad de decidir acerca de su incipiente dimensión sexual y recobrando toda la fuerza el argumento de la intangibilidad e indemnidad sexual como bien jurídico protegido.

Consecuentemente en los supuestos de menor de 16 años nos encontramos ante una incapacidad del sujeto pasivo para prestar un consentimiento válido, resultando irrelevante el consentimiento de aquel en mantener relaciones –u otra conducta relacionada con el ámbito sexual– toda vez que por debajo de ese límite legalmente previsto, se considera al menor con una voluntad carente de la necesaria formación para poder ser considerada libre y aunque acceda o sea condescendiente con el acto sexual, no determina, en forma alguna, la voluntad de éste.

En estos supuestos hay una presunción legal de que el menor no está capacitado para prestar un consentimiento válido y, en consecuencia, si lo prestase, carecería de relevancia por estar viciado. Es decir, lo que la ley no presume propiamente es la ausencia de consentimiento en el menor, ya que éste puede consentir perfectamente la realización del acto sexual, esto es, tiene consentimiento natural, pero se presume la falta de consentimiento jurídico y, en virtud de esta presunción legal, éste se tendría como inválido, carente de relevancia jurídica (ver STS 147/2017, de 8-3).

(...) Analizaremos en primer lugar, la posible comisión del artículo 189 ter 1, en grado de tentativa y si ésta, en su caso, debió considerarse como inidónea o imposible.

Pues bien, en relación al delito de acoso sexual sobre menor de 16 años, ya dijimos en nuestra sentencia 97/2015, de 24-2, como: «En España la reforma 5/2010 introdujo un nuevo delito de ciberacoso sexual infantil en el artículo 183 bis, con la siguiente redacción:

«El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de 13 años y le proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de 1 a 3 años prisión o multa de 12 a 24 meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos».

La Ley Orgánica 1/2015 reformó esta artículo que pasó a ser el 183 ter, elevó la edad del menor a 16 años, suprimió la referencia a los artículos 178 a 183 –que había sido criticada por la doctrina, dado que los artículos 178 a 182, se refieren a agresión y abusos sexuales a mayores de 16 años– limitándose a los artículos 183 y 189. Elevó las penas a la mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño y se añadió un segundo apartado, cuando a través de los mismos medios se contacte con un menor de 16 años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, la penalidad es inferior, 6 meses a 1 año.

El término *Child Grooming* se refiere, por tanto, a las acciones realizadas deliberadamente con el fin de establecer una relación y un control emocional sobre un menor con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del menor.

En cuanto a su naturaleza se trata de un supuesto en el que el derecho penal adelanta las barreras de protección, castigando la que, en realidad, es un acto preparatorio para la comisión de abusos sexuales a menores de 13 años (ahora 16 años).

Como destaca la doctrina el acto preparatorio pertenece a la fase interna y no externa o ejecutiva del delito, existiendo unanimidad en reconocer la irrelevancia penal a todo proyecto que no supere los límites de una fase interna. Ahora bien, en este caso, el legislador expresamente ha considerado que las conductas de ciberacoso

sexual son un acto ejecutivo de un nuevo delito que trasciende al mero acto preparatorio, aunque participan de su naturaleza, por cuanto solo con el fin de cometer los delitos de abusos sexuales a menores de 13 años (ahora 16 años) puede entenderse típica la conducta.

La naturaleza de este delito es de peligro por cuanto se configura no atendiendo a la lesión efectiva del bien jurídico protegido, sino a un comportamiento peligroso para dicho bien.

Si estamos ante un delito de peligro abstracto puede ser discutible. En cuanto al tipo exige la existencia de un menor y la de actos materiales encaminados al acercamiento, la tesis del peligro concreto parece la acertada. Siempre que ello se lleve a cabo el delito quedaría consumado, habiendo, por el contrario, dificultades para su ejecución por tentativa, por la naturaleza del tipo de consumación anticipada.

En cuanto al bien jurídico es requisito que el contactado sea un menor de 13 años (ahora 16 años). Ese referente obedece a la edad señalada por el legislador para marcar la frontera de la indemnidad sexual de los menores y consiguientemente, el límite de la relevancia de su consentimiento para la realización de actos sexuales. Coincide, por tanto, con su ubicación dentro del nuevo Capítulo II bis del Título VIII del Libro II CP «De los abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años (ahora 16 años), y con las previsiones del artículo 13 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de niños contra la explotación y el abuso sexual, que limita la obligación de los Estados para castigar la conducta descrita en los supuestos en que el menor no alcance la edad por debajo de la cual no está permitido mantener relaciones sexuales con un niño (art. 182.2).

Por ello el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual de los menores de 16 años más allá de la libertad sexual que no puede predicarse en ese límite de edad. La limitación de la edad de la víctima de estos delitos a los 16 años se justifica por tratarse de la anticipación del castigo de una conducta que busca la verificación de una relación sexual con el menor de 16 años que sería en todo caso delictiva, exista o no violencia o intimidación, dado que, aun en su ausencia, dada la irrelevancia del consentimiento del niño, los hechos supondrían un abuso sexual.

Respecto a la conducta típica habrá que distinguir entre elementos objetivos y subjetivos.

En cuanto a los elementos objetivos la ley configura un tipo mixto acumulado que exige una pluralidad de actos. Por una parte se requiere un contacto con un menor de 16 años, por otra proponer un encuentro, y por último, la realización de actos materiales encaminados al acercamiento.

– El contacto tiene que ser por medio tecnológico. La Ley se refiere a Internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación, se trata por tanto, de un listado abierto que da cabida a cualquiera otros mecanismos o sistema de transmisión de datos que no precisen conexión a Internet o a una línea telefónica, como por ejemplo, conexión en red mediante Wi-Fi o Ethernet, aplicaciones basadas en Bluetooth u otros sistemas que puedan desarrollarse.

Se destaca en la doctrina que si el menor es captado directamente y no mediante estos medios y además se comete uno de los delitos de los artículos 183 y 189 no regirá la regla concursal, sino solo el delito cometido. Por ello la exigencia de que la relación se desarrolle por medios tecnológicos parece descartar la aplicación de supuestos en los que la relación se desarrolle en el sentido real, es decir, mediante el contacto físico entre el delincuente y la víctima.

No obstante otros autores entienden por el contrario que puede darse un contacto directo personal inicial que se prolongue por medios tecnológicos, lo que permitiría la

realización de la conducta típica, dado que el tipo penal no especifica si ese contacto es el inicial o derivado. Si se pretende castigar estas conductas por la facilidad que supone la utilización de medios tecnológicos para captar al menor, esa captación, en muchos casos, no se agota con los contactos iniciales, por lo que sería aplicable el tipo penal al que, tras unos contactos iniciales personales prosigue la captación del menor por medios tecnológicos (por Ej. Profesor o monitor conocido por el menor).

La proposición al encuentro. Este requisito de la exigencia de que el sujeto activo proponga concertar un encuentro con el menor para cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189 responde a la introducción directa del Convenio de 25.10.2007.

A la vista de la propia redacción del precepto parece que la consumación en caso de concurrir los restantes elementos del tipo se produciría por la mera concertación de la cita sin que sea necesaria la aceptación de la misma y menos aún su verificación. Interpretación esta que no es compartida por parte de la doctrina al considerar que la exigencia de actos materiales encaminados al acercamiento que deben acompañar a la propuesta no pueden desvincularse de la propia propuesta, de manera que la consumación se conseguirá cuando la cita propuesta por el delincuente fuese aceptada por el menor y se inician actos encaminados a que se ejercite la misma.

– Además el tipo objetivo exige actos materiales encaminados al acercamiento. El legislador solo ha concretado en cuanto a la naturaleza del acto que tiene que ser material y no meramente formal y su finalidad encaminada al acercamiento. Estamos ante un *numerus apertus* de actos que el legislador no ha querido acotar en función de las ilimitadas formas de realizar estos actos.

Se sostiene en la doctrina la necesidad de hacer la interpretación de este requisito y determinar qué actos pueden tener tal consideración. Por un lado, los mismos actos deben ir «encaminados al acercamiento», finalidad que obliga a hacer una interpretación de los términos usados por el legislador; la redacción del precepto, en principio, parece referirse al estrechamiento de la relación de seducción, es decir, al acercamiento del delincuente al menor, afianzando mediante tales actos materiales el efecto y confianza a la víctima, y también cabe interpretar que el acercamiento es, en realidad, el propio «encuentro». De aceptar la primera interpretación actos materiales como el envío de regalos que claramente tienden a fortalecer la relación que se pretende explotar integrarían el concepto exigido por el CP.

Por otro lado será preciso discernir si la exigencia de que los actos sean «materiales» implica que los mismos deban necesariamente repercutir y reflejar más allá del mundo digital. En este sentido parece decantarse la interpretación del precepto que se ha hecho por parte de la doctrina. Ahora bien otro sector considera que si el legislador ha tomado el término material, como opuesto al espiritual conforme a la acepción de la Real Academia Española, tendrían cabida en este concepto actos digitales que no tengan repercusión física. Así considerados los actos digitales exigidos por el tipo como «encaminados al acercamiento», no se distinguirían de los actos digitales a través de los que se ha desarrollado la relación o los que se hayan realizado para formular la propuesta de encuentro, si se entiende que los actos deben ser ejecutados para que tal encuentro tenga lugar.

Por lo que respecta a los elementos subjetivos de este delito se exige la voluntad de cometer cualquiera de los delitos de los artículos 183 y 189.

(...) En el caso que nos ocupa sostiene el recurrente que no hubo acto material de acercamiento, dado que no puede considerarse tal el mostrar la mera intención de quedar y facilitar datos tan abstractos como el barrio donde uno vive o el transporte público que llega hasta el mismo, pero lo que ello implicaría es que el delito no quedó

consumado, dado que para ello, hubiera sido necesario que la cita propuesta hubiese sido aceptada por la menor y se iniciaran los actos materiales –en el sentido antes expuesto– de acercamiento, pero no la atipicidad de la conducta.

(...) Plantea a continuación el motivo el debate sobre la tentativa que la sentencia considera acabada y que el recurrente entiende mejor como un supuesto no punible de tentativa inidónea y/o delito imposible, dado que no puede ser condenado por proponer un encuentro con la menor de imposible cumplimiento, dado que la inidoneidad fue absoluta, y por tanto no punible, conforme la jurisprudencia de esta Sala.

Preensión inaceptable. Como hemos dicho en STS 294/2012, de 26-4, con cita de la STS 2122/2002, de 20-1-2003, la polémica sobre el castigo o impunidad de la denominada tentativa inidónea y/o delito imposible es una de las más caracterizadas en nuestra doctrina, desde la vigencia del Código Penal de 1995.

Los partidarios de la tesis impunita, se basan en dos fundamentales argumentos: a) La supresión del párrafo 2.º del antiguo artículo 52, que expresamente señalaba sanción para estos supuestos y b) El empleo del adverbio «objetivamente» en la definición de la tentativa –Si los actos no deben producir el resultado objetivamente-independientemente, pues de la intención del autor, el hecho no será punible.

Otro sector doctrinal, tal vez más numeroso, sostiene la opinión contraria, alegando que la supresión del artículo 52, solo supone que el legislador lo ha considerado superfluo e innecesario, y de otro lado, que el empleo del término objetivamente «excluye la punibilidad de la tentativa irreal, pero subrayando que ello no impide, sin embargo, la punición de la tentativa –o delito imposible– no irreal».

En conclusión, se sostiene que el fundamento de la punibilidad de la tentativa consiste en que a través de su intento, el autor expresa su desobediencia a una norma realmente existente. El mayor o menor peligro que genera su ánimo será evaluado penológicamente a través del artículo 62 del Código Penal vigente «atendiendo al peligro inherente al intento».

A) Dicha polémica existió también en el ámbito jurisprudencial, y así, frente a sentencias como las de 10 y 12 de marzo de 1993, la de 10 noviembre de 1997, señalaba que la doctrina de esta Sala, con relación a la tentativa inidónea, viene exigiendo los siguientes condicionamientos: 1.º) Resolución de delinquir, de realizar un acto delictivo de los tipificados penalmente, presidido por un dolo directo o eventual; 2.º) Traducción de tal propósito en una determinada actividad tendente a la consecución del fin antijurídico propuesto o aceptado; 3.º) Falta de producción del fin querido de un modo absoluto, bien por haber empleado medios inidóneos, por su propia naturaleza, con respecto a dicha finalidad, o porque el sujeto los creía idóneos y carecían de aquella aptitud natural y necesaria para conseguir lo apetecido, bien porque no pueda producirse lo deseado por carencia íntegra y total del delito; 4.º) Presencia de antijuricidad, puesta en peligro del orden jurídico que conmueva la conciencia del ente social, cierto peligro de lesionar el bien jurídicamente protegido. La tentativa inidónea supone, pues, la imposibilidad de consumación del delito intentado en razón a la inidoneidad de los medios utilizados –imposibilidad de ejecución– o a la inexistencia del objeto –imposibilidad de producción– sobre que se pretendía actuar, o de ambas cosas a la vez –sentencias de 24 mayo 1982, 11 octubre 1983, 5 diciembre 1985.

Conforme a tan pacífica doctrina jurisprudencial sólo está excluida de la penalidad la tentativa inidónea, con inidoneidad absoluta, o sea la irreal o imaginaria, que pretende matar al enemigo con conjuros o prácticas mágicas, pero no la de idoneidad relativa, que puede revelar la ineficacia temporal o momentánea en atención a las circunstancias, pero que no empece que acredite su virtualidad en otras condiciones.

Sin embargo, posteriormente el 28 de mayo de 1999, se dictó una resolución, según la cual: la punición del delito imposible y de la tentativa inidónea en el anterior Código Penal, procede de la antigua Ley de Vagos y Maleantes de 1933 y se incorpora al Código Penal entonces vigente por la vía del artículo 52 párrafo segundo (la misma regla se observará en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del resultado), es decir, se imponía la pena inferior en uno o dos grados a la del delito consumado. Esta opción punitiva del Código anterior, se basa fundamentalmente en la peligrosidad del sujeto cuya voluntad criminal se había exteriorizado y no en la lesión de bienes jurídicos concretos, con lo que se entraba en un peligroso terreno en el que lo realmente penado era el comportamiento del autor. Esta posición ha desaparecido del Código vigente ya que ni en el artículo 62, que hereda el antiguo artículo 52, ni el artículo 16, en el que se define la tentativa, incluyen entre sus presupuestos mención alguna a los supuestos de imposibilidad de ejecución o de producción del resultado. Como ha señalado un importante sector de la doctrina, por fin el Código de 1995 ha dado el esperado paso de renunciar a la punición expresa de la tentativa inidónea y del delito imposible, que en la práctica tenían una casi nula incidencia y, en cambio en el plano del derecho formal, contribuía a dar una imagen de hipertrofia de la importancia del ánimo del autor, cual si este fuera por sí solo, fundamento bastante de cualquier decisión punitiva.

Ello quiere decir se añade, que, el delito imposible y la tentativa inidónea, ya no son punibles por imperativo del artículo 4.1 del Código Penal vigente que no admite la aplicación de las leyes penales a casos distintos de los comprendidos en ellas, vedando, como es lógico, toda interpretación extensiva.

No obstante, existe ya una consolidada doctrina jurisprudencial, sentencias de 21 junio 1999, 13 de marzo 2000 según las que la tentativa inidónea, es punible en el Derecho vigente, pues la introducción del adverbio «objetivamente» en la definición de la tentativa en el artículo 16 del Código Penal vigente no limita los casos de las tentativas punibles a las idóneas. Por el contrario, «objetivamente» quiere significar que el plan o actuación del autor, «objetivamente» considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado.

Se trata de supuestos, se dice, en los que la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción que no resulta ajena a la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aun cuando no lo sean en el caso concreto. La concepción contraria equivaldría, prácticamente, a la opción, no aceptada por el legislador, de la despenalización de la tentativa, pues desde una perspectiva «*ex post*» toda tentativa implica, en cierto modo, un error de su autor sobre la idoneidad de la acción.

Ello dejaría impunes los supuestos de tentativas irreales o imaginarias, los delitos putativos, los delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto y, en general, los casos de inidoneidad absoluta. Sin embargo, se incardinarían en la tentativa punibles los casos de inidoneidad relativa, es decir «aquellos en que los medios utilizados, objetivamente valorados «*ex ante*» y desde una perspectiva general, sean abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico».

En la misma dirección el AT 29-5-2003 C) Con respecto a la alegada existencia de un delito imposible por el empleo en la agresión de un arma de la que su propio poseedor había retirado previamente la munición, la propia Sala de Instancia analiza extensamente tal argumentación, para rechazarla correctamente, y aquí no cabe sino ratificar lo expresado en el fundamento jurídico primero de la Sentencia. Ciertamente esta Sala ha fijado jurisprudencialmente el criterio de que el delito imposible y la tentativa inidónea ya no son punibles –cfr. por todas, Sentencia de 28 de mayo de 1999–, y se excluyen, por tanto, de la reacción punitiva los casos de inidoneidad

absoluta, incluyéndose en este concepto –como señala la sentencia de esta Sala de 21 de junio de 1999 y reitera la 1866/2000, de 5 de diciembre– «los supuestos de tentativas irreales o imaginarias (cuando la acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); los denominados «delitos putativos» (cuando el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está), error inverso de prohibición que en ningún caso podría ser sancionado penalmente por imperativo del principio de tipicidad; los supuestos de delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, que carecen de adecuación típica (de lesión o de peligro) y en general, los casos de inidoneidad absoluta.

Sin embargo, no es menos cierto que el Código Penal de 1995 no contiene una norma equivalente al artículo 52.2.º del Código Penal anterior, que sancionaba como tentativa «los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito», y el artículo 16 del Código Penal ha redefinido la tentativa, añadiendo el adverbio «objetivamente» («practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado»), lo que quiere decir que el plan o actuación del autor, «objetivamente» considerados, sean racionalmente aptos para ocasionar el resultado, y son punibles, conforme a su actual definición típica, los casos que pueden calificarse de inidoneidad relativa –aun cuando esta denominación haya sido doctrinalmente criticada–, es decir, aquéllos en que los medios utilizados, «objetivamente» valorados «*ex ante*» y desde una perspectiva general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro). Como dice la citada sentencia de 5 de diciembre de 2000 se trata de supuestos en los que «la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción que no resulta ajena a la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aun cuando no lo sean en el caso concreto. La concepción contraria equivaldría, prácticamente, a la opción, no aceptada por el legislador, de la despenalización de la tentativa, pues desde una perspectiva *ex post* toda tentativa implica, en cierto modo, un error de su autor sobre la idoneidad de su acción».

La STS 1326/2003, de 13-10, insistió en que el artículo 16.1 CP ha reedificado la tentativa al entender que ésta consiste en la realización de actos objetivamente encaminados a la realización plena del delito, si bien éste no llega a producirse, fijando la pena en el artículo 62.

Que los actos realizados sean objetivamente aptos o adecuados para la producción del resultado es exigencia prevista en el artículo 16.1, como ya se ha dicho, y tiene por consecuencia que la tentativa se vertebra alrededor de la idoneidad de los actos iniciados por el autor, existiendo como tal en los casos en los que se aprecie tal adecuación de los medios a fin apetecido, con lo que la pretendida impunidad de la tentativa por idoneidad relativo no es tal, manteniéndose en definitiva la situación del anterior CP, sólo que con distinta sistemática, de suerte que la tentativa irreal, imaginaria o inidónea absolutamente, queda extramuros del CP, como tentativa quedan fuera de la respuesta penal los llamados delitos putativos (el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que lo está) o los «delitos» absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, pero la inidoneidad relativa será punible como tentativa porque los medios serían los objetivamente adecuados para el fin apetecido en una valoración *ex ante* y desde una perspectiva general (STS 13-3-2000, 26-6-2000 y 2122/2002, de 20-1-2003)».

Criterio que ha sido reiterado en STS 630/2004, 1329/2004, de 19-11; 289/2007, de 4-4; 861/2007, de 24-10; 822/2008, de 4-12, y 963/2009, de 7-10) de modo que «solamente quedarían excluidos los casos en los que el autor, según su plan, hubiere acudido para realizarlo a medios absolutamente irreales o supersticiosos». La STS 1100/2011 de 27-10, insiste la tentativa para ser punible ha de revelar un mínimo

de peligrosidad. La tentativa no puede fundamentarse en criterios objetivos y subjetivos puros, sino que se impone una tesis ecléctica. Lo esencial es que la tentativa exprese una voluntad del autor hostil al Derecho, pero además, en cuanto la acción debe mostrarse como peligrosas *ex ante*, cabe fundamentar la tentativa también objetivamente en la concurrencia de un peligro, al menos abstracto para el bien jurídico. Esta peligrosidad de la acción es el mínimo requerido para la punibilidad de la tentativa (quedando excluida por la tentativa irreal) y así debe ser entendida la exigencia contenida en el artículo 16 de que los actos ejecutados «objetivamente deberán producir el resultado». Ello, ante la cuestión de si tras la reforma CP 1995 es punible la tentativa inidónea, la respuesta debe ser positiva en estos términos. El que sea objetivamente adecuada para producir la lesión significa que el plan del autor, objetivamente considerado, debe tener un fundamento racional, lo que permite excluir de la punibilidad de la tentativa las tentativas irreales o supersticiosas, pues en ellas el plan del autor nunca producirá racionalmente el resultado. Por tanto, para la punibilidad de la tentativa, basta haber ejecutado una acción abstractamente peligrosa para el bien jurídico. Este es el sentido de la exigencia contenida en el artículo 16 de que la acción objetivamente deba producir el resultado, esto es, basta con que en una perspectiva *ex ante* la acción aparezca como idónea o adecuada para producir lesión del bien jurídico a los ojos de un observador objetivo, esto es se acogerá en el ámbito de la tentativa toda actividad, que a un juicio de un observador objetivo, que conozca el plan concreto del autor, se muestre, según una concepción natural y normal de los hechos («*ut, quod prelumque accidit*»), como parte integrante y necesaria del comportamiento típico enjuiciado. Por ello, no es necesario un peligro concreto, esto es, que el bien jurídico contacte efectivamente con la acción peligrosa. Y por último el acuerdo de Sala General de 25-4-2012 fijó que «el artículo 16 CP no excluye la punición de la tentativa inidónea cuando los medios utilizados valorados objetivamente *ex ante* son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico».

Ahora bien, la no concurrencia de alguno de los elementos del tipo objetivo, que impide la consumación del hecho, debe deberse a causas distintas de la voluntad del autor, pues de acuerdo con lo prevenido en el artículo 16, «quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado, quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueran ya constitutivos de otro delito o falta». La esencia del desistimiento es, pues, la evitación voluntaria de la consumación del delito, esto es, la existencia de un *actus contrarius* del autor que comenzó la ejecución del delito que neutraliza la progresión del acontecer delictivo hacia la lesión del bien jurídico.

(...) Aplicando tal doctrina al caso debatido, el comportamiento del recurrente, en todos sus actos, hubiese podido llevar inexorablemente a la consumación del resultado.

(...) Plantea a continuación el recurrente la aplicación de la garantía del *non bis in idem*, al entender que no cabe su condena como autor de un delito de captación de menor para elaborar material pornográfico, artículo 189.1 a), para luego utilizar el mismo material –y no otro distinto– para condenarle por un delito de tenencia de material pornográfico infantil para su propio uso, artículo 189.5, por considerar que la argumentación de la sentencia recurrida para desestimar su pretensión «que una y otra acción fueron hechas de modo independiente por el acusado, pues no se limitó a obtener las fotografías sino que las guardó para tenerlas a su disposición de modo permanente» no es suficiente, pues ambas conductas provienen de una misma acción.



La pretensión del recurrente no debe merecer favorable acogida.

El artículo 189.2, introducido por LO 15/2003, castigaba al que para su propio uso poseyera material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces.

La STS 674/2009, de 20-5, señaló como elementos de este delito:

a) una posesión de material pornográfico, en cuya elaboración se hubieran utilizado menores o incapaces, lo que se integra mediante el concepto de pornografía junto al dato de la aparición de menores o discapacitados, dentro de un escenario sexual que es el objeto de su protección, a través de Convenios Internacionales sobre esta materia, particularmente la protección del niño.

b) que este material se tenga para uso personal de quien lo almacena, excluyéndose cualquier actividad que suponga producción o difusión, es decir, algunas de las modalidades de producir, vender, distribuir, exhibir, o facilitar estas actividades por cualquier medio, o la mera posesión para esos fines.

c) un elemento subjetivo, constituido por el dolo del agente, que aquí bastaría con la conciencia de que se pone en un sistema o terminal tales archivos que constituyen pornografía infantil.

La reforma operada por LO 1/2015, de 30-3, trasladó este delito al apartado 5.º con algunos retoques técnicos, castigando al que para su propio uso adquiera o posea pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad, necesitadas de especial protección. Añadiendo un segundo apartado, castigando con la misma pena –tres meses a un año de prisión o multa de seis meses a dos años– a quien acceda a sabiendas de pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

La STS 1377/2011, de 19-12, recordó que este delito responde al Convenio de Budapest sobre cibercrimen que recoge la producción, ofrecimiento, difusión, el hecho de procurar a otro, y la posesión de pornografía infantil a través de un sistema informático. Conductas estas que las partes se comprometen a reprimir por medio de sanción penal, siempre que se realicen dolosamente.

La posesión en sí puede materializarse en cualquier clase de soporte que el estado de la tecnología permita y la diferencia de la posesión descrita, en el artículo 189.1 b), radica en la presencia o ausencia de un particular elemento subjetivo de lo injusto, la finalidad para uso personal, frente a la finalidad de tráfico o difusión.

El delito consiste en la posesión o tenencia, por consiguiente en las hipótesis de que el sujeto se limite al visionado o audición de contenido pornográfico, como puede ser a través de la técnica conocida como *streaming* o de material ajeno no dominado por el sujeto, no existirá la conducta típica. Es necesario que se imprima o se grabe de algún modo y el usuario pueda acceder a él automáticamente.

Ahora bien, independientemente de los problemas de prueba que plantea y de las críticas doctrinales a este precepto, pues frente a quienes lo critican por entender que va en contra de los principios de intervención mínima y seguridad del derecho penal, otro sector doctrinal justifica penalizar esta serie de comportamientos, ya que la tenencia de pornografía infantil es peligrosa para el bien jurídico en la medida en que se estimula, mediante su adquisición, posteriores conductas lesivas para la libertad e indemnidad sexual de menores o incapaces, y se trata, en definitiva, de actuar sobre la demanda de pornografía de estas características para influir en la oferta.

En el caso presente, la actuación del acusado no se limitó a captar para la elaboración de material pornográfico utilizando a una menor de 16 años, sino que, obtenido dicho material, lo conservó para tenerlo a su disposición de modo permanente, tal como se constató en los archivos informáticos existentes en los teléfonos móviles del

acusado con fotografías y vídeos de la menor (29 archivos fotográficos) en respuesta a las peticiones del acusado, alguno de ellos de carácter sexual explícito en el que se observa a la menor desnudándose y mostrando partes íntimas de su cuerpo.

Conducta esta que excede de la tipificada en el artículo 189.1 a), y que como tal debe pensarse por separado.

(...) En cuanto a la opción del recurrente de que si la relación virtual mantenida por el mismo con la menor (...) lo que pretendía era el encuentro sexual con ella (no conseguido) y las imágenes pornográficas de la menor (sí conseguidas), la aplicación del artículo 8.1 CP implicaría, en virtud del principio de especialidad, que la condena no debió ser por el 183 ter 1 y 189.1 a) penados separadamente, sino por el 183 ter 1 y 183 ter 2 (...) precepto este especial frente a la captación general del artículo 189.1, pero del que no se ha formulado acusación alguna, por lo que no sería posible la condena por este delito, y la sentencia solo debió condenar como autor de un delito del artículo 183 ter 1.

La defensa pretende que se excluya la subsunción de la conducta del acusado en el tipo penal del artículo 189 (apartados 1 a) y 2 a) dado que la misma debía incluirse en el nuevo delito de embaucamiento previsto en el artículo 183 ter 2 –cuya aplicación entiende, no obstante, no factible al no haberse formulado acusación por el mismo–, dado que lo que podría admitirse, en su caso, es que lo realizado por el recurrente fue contactar con la menor de 16 años y ejecutar actos dirigidos a embaucarle para que le facilitara material pornográfico o le mostrase imágenes pornográficas en las que se representa a la menor. Se trataría pues, de acciones embaucadoras para obtener material pornográfico propio del menor, no para la elaboración como expresa el artículo 189.1, con lo cual, la penalidad aplicable ha de fijarse en abstracto en un techo de dos años, con la consiguiente reducción derivada de la apreciación de la atenuante cualificada acogida en la instancia.

El nuevo tipo penal artículo 183 ter 2, se refiere al fenómeno criminal conocido como *sexting*, neologismo que aparece integrado por las palabras en inglés «sex» y «texting» –envío de mensajes– en este caso de fotografías propias con contenido sexual que se remiten vía Internet a terceras personas por menor de edad. Sin embargo la calificación jurídica alternativa que propone mediante la aplicación de este precepto es claro que no puede admitirse. Como ya hemos dicho, este nuevo delito tipifica conductas consistentes en contactar con menores de 16 años, a través de internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación y realizar «actos dirigidos a embaucarle» para que le facilite o le muestre imágenes pornográficas en las que aparezca o se muestre un menor, ya sea él mismo o, en su caso, un tercero. Y ello no es lo que en nuestro caso sucede, habida cuenta que el acusado no se limitó a realizar actos dirigidos a embaucarle, sino que realmente ha ido mucho más lejos, puesto que consiguió embaucarle y además obtuvo la materialización del resultado del embaucamiento en la medida en que consiguió de la menor imágenes sexuales y otras actitudes calificables como pornográficas, que constan en los hechos probados.

Por consiguiente, el acusado no solo realizó actos preparatorios del tipo penal del artículo 189 del texto punitivo (según algún sector doctrinal se trataría de una auténtica tentativa) sino que además ejecutó actos específicamente comprendidos dentro de ese precepto, dado que utilizó a la menor con fines pornográficos o exhibicionistas y para que le elaborara material pornográfico integrado por las imágenes de la propia menor a la que acosaba mediante sus contactos a través de internet. No se limitó, por tanto, a realizar los actos preparatorios previos a la comisión del delito previsto en el artículo 189 del CP, que es en lo que sustancialmente consiste el nuevo tipo penal de

embaucamiento (vid. STS 151/2019, de 21-3) sino que alcanzó el resultado material de pornografía infantil que prevé el referido precepto y además en la modalidad agrada de su apartado 2 a).

Siendo así, el juicio de subsunción que realizó el tribunal sentenciador se ajusta a las exigencias típicas del artículo 189 y rebasa claramente las previstas en el nuevo artículo 183 ter 2 CP.

(STS 916/2021, de 24 noviembre)

## ARTÍCULO 197 CP

*Descubrimiento y revelación de secretos: acceso por el empresario a ordenador de trabajador y a cuenta de correo electrónico personal que en él había instalado, obteniendo información privada del trabajador, sin haber convenido previamente el sacrificio de su ámbito de privacidad y sin que la infracción disciplinaria grave que supone la utilización privada de los medios productivos puestos a disposición del trabajador justifique la intromisión.*

1. El argumentario que hace valer el motivo pivota sobre dos ideas clave.

De una parte, la indebida aplicación del artículo 197.1 CP estaría originada por la ausencia de dolo. No se habría colmado el tipo subjetivo de ese delito, pues la conducta (...) no buscaba de forma preordenada vulnerar los secretos o la intimidad (...), sino ejercitar las facultades de inspección que las normas laborales le conceden para fiscalizar la adecuada utilización de los medios productivos puestos al alcance de los trabajadores de su empresa.

Por otro lado, de haberse producido esa injerencia –que nunca fue intencionada– habría estado justificada por razones de idoneidad, proporcionalidad y necesidad, lo que determinaría la inexistencia del delito por el que se ha impuesto la condena.

(...) Nada se dice acerca de un posible acuerdo que advirtiera *ex ante* de la capacidad del empresario para fiscalizar el correo electrónico del trabajador. Se silencia toda mención a un posible apoyo contractual o a un acuerdo de negociación colectiva para excluir cualquier expectativa de privacidad (...). Si bien se mira, lo que postula la defensa no es otra cosa que la concurrencia de una causa de exclusión de la antijuridicidad vinculada al ejercicio legítimo de un derecho (art. 20.7 CP).

4. Son muchos los supuestos en los que la adecuada delimitación del contenido material de un derecho fundamental exige una respuesta que dé solución a la tensión generada por la convergencia de otros derechos que puede obligar a restringir, incluso sacrificar, uno de ellos. En tales casos, se impone un ejercicio ponderativo que exige del órgano jurisdiccional atender de modo preferente al rango axiológico de los derechos que entran en conflicto.

El supuesto que hoy centra nuestra atención es un ejemplo paradigmático de esa fricción generada por el derecho del trabajador a su propia intimidad y la facultad del acusado, el empresario (...), de fiscalizar el uso adecuado de los elementos productivos puestos a disposición de su empleado. Ambos derechos tienen un reconocimiento normativo explícito. En efecto, las leyes laborales otorgan al empresario la capacidad de organización del trabajo. Además, le reconocen la facultad de control y vigilancia sobre el cumplimiento contractual –cfr. artículos 5 a) y c) y 20.1.2 y 3 del Estatuto de los Trabajadores aprobado por RDL 2/2015, 23 de octubre, que derogó el RDL 1/1995, 24 de marzo–. En definitiva, el empresario goza de la capacidad para adoptar las

medidas que aseguren la adecuada utilización del material puesto a disposición del trabajador. Y este poder de dirección, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva, no es ajeno a los derechos proclamados en los artículos 33 y 38 de la CE (cfr. SSTC 170/2013; 98/2000; 186/2000 y 241/2012, entre otras). Pero el trabajador es también titular –claro es– de una serie de derechos constitucionales de alto nivel axiológico y que no pueden ser sacrificados, sin matices, por la simple suscripción de un contrato de trabajo, entre ellos, los derechos a la inviolabilidad de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y a la intimidad (art. 18.1 CE).

La solución histórica ofrecida por el derecho laboral para resolver esa tirantez era puramente convencional y estaba ajustada al limitado potencial invasivo que hasta entonces era imaginable. La inclusión de la capacidad del empresario de efectuar, siempre bajo determinadas condiciones, registros «... sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo» (art. 18 Estatuto de los Trabajadores), era una de las manifestaciones de la fórmula más clásica de solución.

Sin embargo, la capacidad de injerencia que permite la utilización de las nuevas tecnologías ha redimensionado los términos en los que históricamente se suscitaba el problema. El uso de ordenadores y comunicaciones telemáticas ya no define un escenario de vanguardia. Forma parte del día a día de la práctica totalidad de las empresas.

La mejor muestra de esa radical ruptura con la visión más clásica de este escenario de tensión la ofrecen dos preceptos que, aun moviéndose en el terreno de lo programático, reflejan la voluntad legislativa de superar un cuadro jurídico afectado, ya desde hace tiempo, por la obsolescencia.

La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos personales y garantía de los derechos digitales, en su artículo 87 dispone: «1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador; 2. El empleador podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos; 3. Los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente. En su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores. El acceso por el empleador al contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados requerirá que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados. Los trabajadores deberán ser informados de los criterios de utilización a los que se refiere este apartado».

El artículo 20 bis del Estatuto de los Trabajadores, reformado simultáneamente por la disposición final decimotercera, ha quedado, por su parte, con la siguiente redacción: «Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales».

Y es aquí donde surgen los interrogantes que vienen siendo abordados por el orden jurisdiccional laboral y penal, con la obligada referencia que ofrecen la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el TEDH.

5. La cuestión que abordamos ha sido ya objeto de tratamiento por esta Sala. Y lo ha sido mediante dos sentencias que advierten de los importantes matices que impone la complejidad del problema suscitado.

Se trata de las sentencias 528/2014, 16 de junio y 489/2018, 23 de octubre. El valor de la perspectiva asumida por la jurisdicción laboral era –y sigue siendo– incuestionable, en la medida en que incorpora su propio juicio ponderativo para resolver la confluencia de derechos que convergen en distinta dirección. Pero lo hace, en todos los casos, en la búsqueda de una respuesta a la alegación sobre la ilicitud probatoria de la principal fuente de prueba con la que se pretende respaldar la corrección de un despido.

Es entendible, por tanto, que nuestra primera resolución (STS 528/2014, 16 de junio) abordara el problema reivindicando esa diferente perspectiva y postulando un criterio valorativo propio, de suerte que la fórmula ofrecida por la jurisdicción social, pese al aval de la jurisprudencia constitucional, limitara su efecto al ámbito que le es propio. Decíamos entonces que «...en modo alguno, procede que se extiendan (esos criterios) al enjuiciamiento penal, por mucho que en éste la gravedad de los hechos que son su objeto, delitos que en ocasiones incluso constituyen infracciones de una importante relevancia, supere la de las infracciones laborales a partir de las que, ante su posible existencia, se justifica la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones del sospechoso de cometerlas».

La cita del artículo 18.3 de la CE y la excepcionalidad de la injerencia en el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, limitada a la autorización judicial, daba pie a reivindicar el carácter absoluto de este derecho frente a actos contractuales de tolerancia. Lo expresábamos señalando que aquel precepto constitucional: «...no contempla (...) ninguna posibilidad ni supuesto, ni acerca de la titularidad de la herramienta comunicativa (ordenador, teléfono, etc. propiedad de tercero ajeno al comunicante), ni del carácter del tiempo en el que se utiliza (jornada laboral) ni, tan siquiera, de la naturaleza del cauce empleado («correo corporativo»), para excepcionar la necesaria e imprescindible reserva jurisdiccional en la autorización de la injerencia. [...] Tampoco una supuesta «tácita renuncia» al derecho, como a la que alude la Audiencia (...) puede convalidar la ausencia de intervención judicial, por un lado porque obviamente dicha «renuncia» a la confidencialidad, o secreto de la comunicación, no se produce ni es querida por el comunicante que, de conocer sus consecuencias, difícil es imaginar que lleve a cabo la comunicación objeto de intervención y, de otra parte, porque ni aun cuando se entienda que la «renuncia-autorización» se haya producido resultaría operativa ya que, a diferencia de lo que ocurre con la protección del derecho a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE), nuestra Carta Magna no prevé, por la lógica imposibilidad para ello, la autorización del propio interesado como argumento habilitante para la injerencia».

A partir de esas premisas, la Sala proclamaba el carácter indispensable de la autorización judicial para acceder a las comunicaciones personales del trabajador, única vía posible para alzar la barrera de protección que es inherente al derecho que consagra el artículo 18.3 de la CE: «...no se trata, por supuesto y en definitiva, de impedir la utilización de medios de investigación tan útiles para el descubrimiento de conductas gravemente reprochables sino, tan sólo, de dar cumplimiento a las previsiones constitucionales rectoras de un procedimiento tan invasivo en derecho de semejante trascendencia para los ciudadanos, resultando, a tal efecto, imprescindible, como decimos, la autorización y el control que sólo el Juez puede dispensar en nuestro ordenamiento, incluso según la legislación laboral, que al menos aparentemente sigue el mismo criterio de clara vocación judicial (vid. art. 76.4, en relación con

el 90.2 y 4 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción social, en cuya concreta interpretación y alcance no nos compete entrar aquí).

Por consiguiente, bien claro ha de quedar que, en el ámbito del procedimiento penal, el que a nosotros compete, para que pueda otorgarse valor y eficacia probatoria al resultado de la prueba consistente en la intervención de las comunicaciones protegidas por el derecho consagrado en el artículo 18.3 de la Constitución, resultará siempre necesaria la autorización e intervención judicial».

La exigencia de autorización judicial para legitimar el acceso del empresario a las comunicaciones personales del trabajador quedaba así vinculada a lo que podría calificarse como el contenido material del derecho al secreto de las comunicaciones. Quedaban fuera de esa protección reforzada «...los denominados “datos de tráfico” o incluso de la posible utilización del equipo informático para acceder a otros servicios de la red como páginas web, etc., de los mensajes que, una vez recibidos y abiertos por su destinatario, no forman ya parte de la comunicación propiamente dicha, respecto de los que rigen normas diferentes como las relativas a la protección y conservación de datos (art. 18.4 CE) o a la intimidad documental en sentido genérico y sin la exigencia absoluta de la intervención judicial (art. 18.1 CE)».

(...) La sentencia 528/2014, 16 de junio, ofreció la primera solución de esta Sala para fijar el alcance y los límites del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, tanto en el momento de formular el juicio de tipicidad del artículo 197.1 del CP como a la hora de pronunciarnos sobre la alegada ilicitud probatoria de un acceso al ordenador del empleado carente de autorización judicial.

Y la fórmula que sustraña del régimen de protección reforzada aquellos otros datos no asimilables conceptualmente con el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones –derecho a la autodeterminación informativa y derecho a la intimidad– ha venido ofreciendo una solución respaldada por la jurisprudencia constitucional y la dogmática.

Por consiguiente, desde el ángulo analítico de nuestra primera resolución, a diferencia de lo que debería acontecer con el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones –que sólo puede quedar limitado por una autorización judicial– el derecho a la intimidad y a la protección de datos sería siempre susceptible de negociación, hasta el punto de que empresario y trabajador podrían fijar los términos de la fiscalización y los límites a la intromisión en ese espacio de intimidad del trabajador.

Así lo venía entendiendo la jurisprudencia constitucional. La STC 170/2013, 7 de octubre, recordaba que «...lo que garantiza el artículo 18.1 CE es el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal, excluyendo que sean los terceros, particulares o poderes públicos, los que delimiten los contornos de nuestra vida privada (STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3; o SSTC 185/2002, de 14 de octubre, FJ 3; 93/2013, de 23 de abril. En cuanto a la delimitación de ese ámbito reservado, hemos precisado que la «esfera de la intimidad personal está en relación con la acotación que de la misma realice su titular, habiendo reiterado este Tribunal que cada persona puede reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena»; en consecuencia «corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno» (STC 241/2012, de 17 de diciembre, de tal manera que «el consentimiento eficaz del sujeto particular permitirá la inmisión en su derecho a la intimidad» (STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2).

Ese ámbito de la intimidad, así definido, también alcanza a las relaciones personales que se derivan del vínculo laboral. No es exclusivo del deseo de blindar nuestro ámbito doméstico frente a injerencias de los poderes públicos. En palabras del Tribunal Constitucional: «...también hemos declarado que la intimidad protegida por el ar-

título 18.1 CE no se reduce a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado; existen también otros ámbitos, en particular el relacionado con el trabajo o la profesión, en que se generan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada (STC 12/2012, de 30 de enero, FJ 5). Por ello expresamente hemos afirmado que el derecho a la intimidad es aplicable al ámbito de las relaciones laborales (SSTC 98/2000, de 10 de abril, FFJJ 6 a 9; 186/2000, de 10 de julio, FJ 5)».

En suma, el potencial menoscabo del derecho a la intimidad en aquellas ocasiones en las que la empresa accede a información no vinculada a un proceso de comunicación, quedaría excluido siempre que empresario y trabajador hayan definido de forma anticipada sus respectivos espacios de fiscalización y de legítimo ejercicio de aquel derecho.

La dificultad que ofrece esta solución está ligada, desde luego, a las dudas para discernir qué contenidos de la información obtenida por el empresario están conectados a comunicaciones constitucionalmente protegidas por la garantía jurisdiccional y cuáles quedan fuera de su ámbito. Dicho con otras palabras, dónde termina la intimidad y dónde empieza la inviolabilidad de las comunicaciones. De hecho, serán muchas las ocasiones en las que la propia configuración del programa de gestión del correo electrónico alentarán la incertidumbre para resolver qué mensaje está todavía en fase de comunicación y cuál ha pasado a convertirse en un documento protegido sólo por el derecho a la intimidad.

Y aunque no siempre con la deseada uniformidad, la jurisprudencia constitucional ha proclamado este criterio. Así, la STC 70/2002, 3 de abril señaló que «...la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos». La misma tesis fue acogida por la STC 123/2002, 20 de mayo, que insistió en la idea de que, finalizada la comunicación, la protección constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones, en concreto, de lo recibido, se escapa del ámbito del artículo 18.3 de la CE, pasando a residenciarse en el esquema de protección constitucional del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE). Y este criterio ha sido acogido, entre otras, en las SSTS 1235/2002, 27 de junio o 1647/2002, 1 de octubre.

7. Muchas de estas dificultades se han visto allanadas por la jurisprudencia del TEDH, de la que se ha hecho eco nuestra sentencia 489/2018, 23 de octubre: «... hito reciente y extremadamente relevante de la jurisprudencia recaída en esta materia viene constituido por la STEDH de 5 de septiembre de 2017 (Gran Sala): asunto Barbulescu. (...) Otras sentencias posteriores del mismo órgano, inciden también en esta temática aunque de forma oblicua (videovigilancias: SSTEDH de 28 de noviembre de 2017 asunto Antović y Mirković de 9 de enero de 2018 asunto López Ribalda; o también examen de un ordenador, asunto Libert, STEDH de 22 de febrero de 2018).

No puede decirse que la sentencia Barbulescu II sea totalmente rupturista con los criterios que han ido cristalizando en nuestra jurisprudencia (...). Pero aporta y concreta al establecer con diáfana claridad parámetros de inexcusable respeto empujando a nuevas modulaciones y matizaciones que ya han aparecido en la jurisprudencia laboral (STS –Sala 4.ª– 119/2018, de 8 de febrero, que realiza una síntesis clara e íntegramente trasladable al ámbito penal del estado de la cuestión tras Barbulescu).

Acudiendo a la clásica técnica, se habla de la insoslayable necesidad de ponderar los bienes en conflicto. De una parte, el interés del empresario en evitar o descubrir

conductas desleales o ilícitas del trabajador. Prevalecerá sólo si se atiende a ciertos estándares que han venido a conocerse como el test *Barbulescu*.

Se enuncian criterios de ponderación relacionados con la necesidad y utilidad de la medida, la inexistencia de otras vías menos invasivas; la presencia de sospechas fundadas... Algunos se configuran como premisas de inexcusable concurrencia. En particular, no cabe un acceso in consentido al dispositivo de almacenamiento masivo de datos si el trabajador no ha sido advertido de esa posibilidad y/o, además, no ha sido expresamente limitado el empleo de esa herramienta a las tareas exclusivas de sus funciones dentro de la empresa (los usos sociales admiten en algún grado y según los casos, como se ha dicho, el empleo para fines personales, creándose así un terreno abonado para que germine una expectativa fundada de privacidad que no puede ser laminada o pisoteada).

El resto de factores de ponderación entrarán en juego para inclinar la balanza en uno u otro sentido solo si se cuenta con ese presupuesto. En otro caso, habrá vulneración aunque exista necesidad, se use un método poco invasivo, etc.».

8. Examinado el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, se observa que no existe ningún presupuesto fáctico que permita apreciar la concurrencia de una causa de justificación excluyente de la antijuridicidad. El acusado no ejerció de forma legítima ningún derecho. Ni la compartida utilización de las claves corporativas, ni la definición en el convenio colectivo, como infracción disciplinaria grave, de la utilización de los medios productivos puestos a disposición del trabajador, son suficientes para legitimar la grave intromisión del empleador en la cuenta particular (...).

(...) 9. El punto de partida de nuestro análisis admite, no ya la flexibilidad para tolerar la fiscalización de los actos inicialmente protegidos por el derecho a la intimidad, sino la capacidad para extender ese ámbito de negociación al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, excluyendo la imperatividad de la autorización judicial para justificar la intromisión. Empresario y trabajador pueden fijar los términos de ese control, pactando la renuncia, no ya a la intimidad, sino a la propia inviolabilidad de las comunicaciones. Y allí donde exista acuerdo expreso sobre fiscalización, se estará excluyendo la expectativa de privacidad que, incluso en el ámbito laboral, acompaña a cualquier empleado.

Pero la exclusión de esa expectativa ha de ser expresa y consciente, sin que pueda equipararse a ésta una pretendida renuncia derivada de la voluntad presunta del trabajador. El trabajador que conoce la prohibición de utilizar para fines particulares los ordenadores puestos a su disposición por la empresa y, pese a ello, incumple ese mandato, incurre en una infracción que habrá de ser sancionada en los términos que son propios de la relación laboral. Pero esa infracción no priva al trabajador que incurre en ella de su derecho a definir un círculo de exclusión frente a terceros, entre los que se incluye, desde luego, quien le proporciona esos medios productivos. De admitir esa artificial asimilación a la hora de pronunciarnos sobre la legitimidad de la injerencia, estaríamos olvidando la propia naturaleza del contrato de trabajo por cuenta ajena. Los elementos de disponibilidad del derecho fundamental a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones no pueden abordarse con quiebra del principio de proporcionalidad. De hecho, la efectiva vigencia de aquellos derechos del trabajador no puede hacerse depender exclusivamente de un pacto incondicional de cesión en el que todo se vea como susceptible de ser contractualizado.

(STS 328/2021, de 22 abril)



## ARTÍCULO 197.7 CP

*Descubrimiento y revelación de secretos. Sexting: exhibir a dos personas la imagen de una menor de 15 años masturbándose que la misma le había enviado cuando eran pareja. Diferencia con delito de pornografía infantil. No se requiere la exhibición a una pluralidad de personas, bastando sólo con una.*

Estos hechos (...) tienen mejor encaje típico en el delito denominado *sexting* del artículo 197.7 CP, como más tarde explicaremos, en lugar de hacerlo en el delito de exhibición de material pornográfico elaborado con menores del artículo 189.1.b) CP.

La comisión del artículo 197.7 CP en su modalidad de exhibición o revelación no requiere ningún elemento subjetivo específico. Habría que ir al patrón objetivo que fija el tipo simplemente de que «la divulgación menoscaba gravemente la intimidad personal de una persona». Y ello puede darse, y *de facto* se da, si en este caso el recurrente exhibe o revela la imagen que, voluntariamente, «pero para él, y su uso personal, no para exhibición a terceros», le había enviado la víctima.

Con esta acción de enviarle su imagen, de contenido pornográfico, no se está despojando la víctima de su intimidad y «entregándola gratuitamente» a quien le manda la fotografía o el vídeo de contenido sexual, sino que se la manda exclusivamente para él, y su uso personal. Existe consentimiento en el envío, pero no en la exhibición, o revelación.

Es suficiente para consumir el tipo con un dolo genérico que comprenda el conocimiento de que se trata de una imagen de la naturaleza que en este caso concurre y de que quien allí aparece es una menor de edad, dolo genérico que indudablemente concurre en el acusado, que exhibió aquella fotografía.

El contenido de las fotografías no desvela solo una desnudez, aunque ello ya hubiera conllevado, también, el tipo penal, como destacamos en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 70/2020 de 24 Feb. 2020, Rec. 3335/2018, sino actos de contenido sexual, y, por ende, pornográfico en la que se implica a un menor, lo que permite colmar el reproche penal, en este caso por la vía más adecuada del artículo 197.7 CP.

Indudablemente que el contenido de los hechos probados evidencia la conducta de exhibición de la fotografía (...) a dos personas de contenido pornográfico de una menor, pero en el juicio de tipicidad resulta más adecuado, en las circunstancias en que se produjeron los hechos, su ubicación en el delito del artículo 197.7 CP. Y ello, por cuanto le favorece al recurrente la ubicación en este tipo penal en el que con los mismos hechos probados ocurridos antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015 favorece al acusado en el ámbito penológico como luego veremos.

Además, las circunstancias de «colaboración» en el envío de la imagen voluntariamente de la menor al adulto implican este beneficio penal que provoca una *vis* atractiva del tipo del artículo 197.7 CP que la condena por la que se opta del artículo 189.1.b) CP contemplada para hechos más graves adaptados a las acciones que fija este tipo penal del que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil. Cierto y verdad que el tipo citado incluye la exhibición, pero la declaración del hecho probado en un contexto más puntual de enseñar la fotografía recibida voluntariamente por la propia víctima nos sitúa en una gradación de menor reproche penal que las conductas que el legislador quiso situar bajo el marco punitivo del artículo 189.1 b) CP.

Es por ello, por lo que la descripción de unos hechos que arrancan de la voluntariedad de la víctima en el envío del contenido sexual y pornográfico y el uso puntual

que hizo el recurrente se ubican mejor en el espacio típico del *sexting* que en el marco del tipo penal por el que se produce la condena.

La imagen exhibida por el acusado representaba (...) una conducta sexualmente explícita, pues no otra consideración puede tener la introducción de los dedos en la vagina, hecho cuya representación en la imagen se declara asimismo probada. La fotografía tiene un contenido pornográfico, incluso, aunque no se exija ahora en el tipo del artículo 197.7 CP. Y esto es importante, aunque el marco de los hechos probados lo degrada a la figura del artículo 197.7 CP y tiene operatividad en beneficio del reo por ser posterior a los hechos, para permitir una mejor ubicación de la conducta declarada probada.

Resulta evidente que la descripción del contenido de la fotografía (...) en la actitud que consta es material que afecta gravemente a la intimidad personal de la víctima.

Se trata de proteger a los menores, y también a los adultos, con el tipo penal del artículo 197.7 CP y evitar la difusión, exhibición o revelación a terceros de fotografías que les comprometan en el terreno de su privacidad, intimidad, y en este caso de su propia sexualidad, ya que la víctima solo cedía la imagen al recurrente pero sin autorizar su difusión a terceros. Pero, pese a ello, el autor lo hizo y está probado.

(...) le envió la fotografía al recurrente para él, no para que la exhibiera a terceros, siendo irrelevante el alegato del recurrente de que lo hizo para «demostrarles» que (...) seguía con él, lo cual no excluye la comisión delictiva, ya que el tipo no admite una especie de construcción de «excusa absolutoria» que el recurrente pretende construir acerca de la razón de la «exhibición» de la fotografía.

La indiferencia del recurrente en no conocer el alcance de su acción no le exonera de su responsabilidad, por cuanto la acción se lleva a cabo por la exhibición de ese material pornográfico, cual era la fotografía, que afectaba gravemente a la intimidad personal de la menor, y más en un núcleo poblacional reducido, como era la localidad donde vivían, con lo que el efecto expansivo de las imágenes puede tener más daño potencial que en una localidad mayor, ya que el ámbito de los «conocidos» es mucho mayor que los «desconocidos», y, por ello, la potencialidad destructiva de la imagen provoca una gravedad mayor en la intimidad personal de la víctima.

El recurrente debía ser consciente del riesgo que tenía para el bien jurídico protegido lo que estaba haciendo, que era, nada menos, que exhibir o revelar a terceros una fotografía de una menor en una actitud claramente pornográfica, sin ser admisible una excusa tendencial a «justificar» por qué estaba enseñando esa fotografía a dos personas, cuando, en todo caso, esa fotografía se la envió (...) para él solo, no para enseñarla a terceros, para lo cual alega que quería demostrar que estaba con él, lo que es irrelevante.

La exhibición o revelación de la fotografía de una menor en posición o actitud pornográfica, como aquí ha ocurrido respecto a la conducta sexual, integra, al menos, el tipo penal del artículo 197.7 CP, que beneficia al reo por retroactividad de lo favorable, y esto es lo que describen los hechos probados, sin ser preciso que se exhiban a una pluralidad de personas (se declara probado que se exhibe a dos) y con independencia de que se entregue voluntariamente, aunque en este caso se describe una conducta de intercambio, pero con destino de uso personal, sin autorización de exhibición.

Precisamente, es la exhibición de las fotografías que le había mandado lo que integra la «preocupación» de la víctima para acceder a los deseos del recurrente y que le lleva a éste a plantear que la relación no se rompe en agosto de 2014, y alega que siguieron con la relación, cuando no es eso lo que reflejan los hechos probados, sino que la relación posterior a esa fecha estuvo «mediatizada» por la presión psicológica

del recurrente a la víctima de que, o seguía teniendo contacto con él, incluyendo, al menos, diez accesos carnales, o enseñaba las fotografías que ella le había mandado (a requerimiento de él o por su voluntad, lo que es irrelevante). No obstante, él ya lo había hecho a dos personas, lo que integra el tipo penal que ahora se fija del artículo 197.7 CP.

Por todo ello, habida cuenta que se aplica y sigue el criterio más beneficioso de ponderar la aplicación retroactiva del artículo 197.7 CP en lugar del más grave del artículo 189.1 b) en beneficio del reo, es preciso fijar y sistematizar los requisitos que esta Sala (Sentencia 70/2020 de 24 Feb. 2020, Rec. 3335/2018) ha fijado en orden a la aplicación de este tipo penal introducido por la LO 1/2015, a saber:

1. La acción nuclear.

La acción nuclear consiste en difundir imágenes «obtenidas» con el consentimiento de la víctima en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros. El vocablo «obtener» –según el diccionario de la RAE– es sinónimo de alcanzar, conseguir, lograr algo, tener, conservar y mantener. Resulta muy difícil sostener que cuando esas imágenes se remiten por la propia víctima y se alojan en el móvil del destinatario, en realidad, no se consiguen, no se logran, no se tienen, no se conservan o no se mantienen.

2. El origen de la captación u obtención de la imagen o vídeo y el consentimiento de la víctima en el envío.

La obtención de las imágenes o grabaciones audiovisuales que, en todo caso, ha de producirse con la aquiescencia de la persona afectada, puede tener muy distintos orígenes. Obtiene la imagen, desde luego, quien fotografía o graba el vídeo en el que se exhibe algún aspecto de la intimidad de la víctima. Pero también obtiene la imagen quien la recibe cuando es remitida voluntariamente por la víctima, valiéndose para ello de cualquier medio convencional o de un programa de mensajería instantánea que opere por redes telemáticas.

3. No hay una exigencia locativa al momento de la obtención de la imagen.

Es cierto que el artículo 197.7 exige que estas imágenes hayan sido obtenidas «... en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros». Pero esta frase no añade una exigencia locativa al momento de la obtención por el autor. Lo que busca el legislador es subrayar y reforzar el valor excluyente de la intimidad con una expresión que, en línea con la deficiente técnica que inspira la redacción del precepto, puede oscurecer su cabal comprensión, sobre todo, si nos aferramos a una interpretación microliteral de sus vocablos. El domicilio, por ejemplo, es un concepto que si se entiende en su significado genuinamente jurídico (cfr. art. 40 del Código Civil), restringiría de forma injustificable el ámbito del tipo. Imágenes obtenidas, por ejemplo, en un hotel o en cualquier otro lugar ajeno a la sede jurídica de una persona, carecerían de protección jurídico-penal, por más que fueran expresión de una inequívoca manifestación de la intimidad. Y la exigencia de que la obtención se verifique «...fuera del alcance de la mirada de terceros», conduciría a excluir aquellos supuestos –imaginables sin dificultad– en que la imagen captada reproduzca una escena con más de un protagonista.

4. La tipicidad deviene por la difusión, revelación o cesión de las imágenes.

No podemos aferrarnos, en consecuencia, a una interpretación ajustada a una defectuosa literalidad que prescinda de otros cánones hermenéuticos a nuestro

alcance. El núcleo de la acción típica consiste, no en obtener sino en difundir las imágenes –obtenidas con la aquiescencia de la víctima– y que afecten gravemente a su intimidad.

Pero es indispensable para acotar los términos del tipo excluir a terceros que son extraños al círculo de confianza en el que se ha generado el material gráfico o audiovisual y que obtienen esas imágenes sin conexión personal con la víctima. La difusión encadenada de imágenes obtenidas a partir de la incontrolada propagación en redes telemáticas, llevada a cabo por terceros situados fuera de la relación de confianza que justifica la entrega, queda extramuros del derecho penal.

#### 5. Determinación del sujeto activo.

Sujeto activo es aquel a quien le es remitida voluntariamente la imagen o grabación audiovisual y posteriormente, sin el consentimiento del emisor, quebrantando la confianza en él depositada, la reenvía a terceros, habitualmente con fines sexistas, discriminatorios o de venganza. Este es, además, el criterio de la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 3/2017.

#### 6. La víctima no es «cooperadora» necesaria del delito. Es víctima.

No es la propia víctima la que creó el riesgo de su difusión, remitiendo su propia imagen. Ese razonamiento, llevado a sus últimas consecuencias, puede llegar a justificar la lesión en bienes jurídicos del máximo valor axiológico. Basta para ello formular un juicio de reproche dirigido a la víctima, por no haber sabido defender con vigor sus propios bienes jurídicos. Las consecuencias derivadas de esta visión –piénsese, por ejemplo, en los delitos contra la libertad sexual o contra el patrimonio– hacen inaceptable esta línea de razonamiento.

Quien remite a una persona en la que confía una foto expresiva de su propia intimidad no está renunciando anticipadamente a ésta. Tampoco está sacrificando de forma irremediable su privacidad. Su gesto de confiada entrega y selectiva exposición a una persona cuya lealtad no cuestiona, no merece el castigo de la exposición al fisionómico colectivo.

#### 7. No se exige en el juicio de tipicidad que la imagen se difunda, revele o ceda a una «pluralidad» de personas. Basta con que lo haga a una.

El artículo 197.7 exige que el soporte gráfico o audiovisual se haga llegar a una pluralidad de personas. Así se desprendería de la expresión «...revele o ceda a terceros», utilizando el plural.

Así como el vocablo difundir ha de entenderse como sinónimo de extender, propagar o divulgar a una pluralidad de personas, las expresiones revelar o ceder son perfectamente compatibles con una entrega restringida a una única persona.

El requisito de la difusión quedó cumplido cuando, sin autorización de la afectada, se inició la cadena de difusión, siendo indiferente que la imagen sea remitida a una o más personas. Resulta contrario a las reglas de la lógica y a la intención del legislador, la exigencia de una difusión masiva en redes sociales de uso generalizado o la difusión simultánea a más de una persona por parte del receptor de las imágenes.

(STS 37/2021, de 21 enero)

## ARTÍCULO 198 CP

*Descubrimiento y revelación de secretos, conductas realizadas por funcionario público: el prevalimiento del cargo público al que este tipo delictivo alude debe ser interpretado no en el sentido de mero aprovechamiento (laboral) del cargo, de la categoría profesional o de las facultades de dirección que el mismo proyecta sobre sus subordinados (también funcionarios públicos de ordinario), sino en atención a que el delito sea cometido prevaliéndose el sujeto activo de su condición o cargo público frente a particulares (o naturalmente frente a autoridades o funcionarios públicos al margen de su función).*

(...) el artículo 198 CP contiene un tipo agravado, de naturaleza especial en la medida en que restringe el círculo de posibles sujetos activos a aquellos que ostentan (...) la condición de autoridad o funcionario público, exigiendo además que, naturalmente, su actuación se halle fuera de los casos permitidos por la ley y también que no mediare «causa legal por delito». Sin embargo, es evidente que tales elementos, con ser imprescindibles, no se alcanzan para completar las exigencias del mencionado tipo penal, que expresamente exige, además, que el sujeto activo se prevalga de su cargo para realizar cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior.

El Tribunal Superior ha tratado de colmar la carencia argumental de la que adolece a este respecto la resolución recaída en la primera instancia, explicando que no solo el acusado no era un simple particular (sino un funcionario público) y superior jerárquico de las víctimas sino que, además, desplegó determinadas estrategias para el desarrollo de su proyecto criminal, sirviéndose del despacho en el que desempeñaba sus funciones públicas, y requiriendo la presencia en el mismo de las perjudicadas para ponerlas en disposición de ser grabadas, con excusas vinculadas a la relación laboral que mantenían y aprovechando la situación de dependencia profesional de aquéllas.

A nuestro parecer, sin embargo, ni aún con esto resulta bastante para justificar la aplicación del precepto penal agravado. La exigencia de prevalimiento evoca la idea de que el sujeto activo del delito utilice en su favor una determinada condición de superioridad o primacía para ejecutar su conducta, condición de superioridad o primacía que puede, naturalmente, obedecer a múltiples causas (la mayor edad o grado de madurez; la ascendencia familiar o académica; la subordinación laboral, por ejemplo). Y en el caso, no cabe duda de que el acusado, además de ostentar la condición de funcionario público, cometió el delito previsto en el artículo 197.1 CP, en su despacho profesional (puesto aquí por la administración local a su disposición para que pudiera desarrollar las funciones públicas que le estaban encomendadas) y aprovechando la relación de superioridad jerárquica o facultades de dirección laboral que ostentaba frente a las víctimas (de la que se servía para, con motivo fútiles, llamarlas a su presencia, situándolas bajo el objetivo de las cámaras que previamente había dispuesto).

No nos cabe duda, en consecuencia, de que el acusado, funcionario público, cometió el delito (...), en una dependencia, –pública también y puesta a su disposición funcional por la Administración–, «prevaliéndose» de una cierta relación de superioridad (jerárquica, laboral) que ostentaba sobre las víctimas. Las mismas, en efecto, no acudían a su despacho de manera espontánea o por propia y libérrima voluntad, sino requeridas por quien en ese momento era «su jefe» y en cumplimiento, aquéllas, de sus cometidos profesionales.

Sin embargo, lo que el precepto aquí controvertido establece no es una agravación general o indeterminada para las conductas previstas en el artículo 197.1 CP cuando las mismas sean cometidas por quien se encuentra en una cierta relación de

superioridad sobre su víctima, situación que aprovecha, de la que se prevale, en la ejecución del delito, circunstancia ésa que, sin duda, cuando como aquí concurra, podrá (deberá) ser valorada al tiempo de individualizar la pena prevista en abstracto en el tipo básico. Lo que el artículo 198 demanda es que lo aprovechado, aquello de lo que el sujeto activo se prevale, sea precisamente la condición de autoridad o funcionario público del mismo, su cargo.

Es obvio que el acometimiento de cualquier actividad laboral mínimamente compleja ha de ser implementado con el concurso de una pluralidad de personas. Y que éstas, para el buen fin de la actividad desarrollada, asumen en el proceso productivo diferentes funciones, de también distinta responsabilidad y contenidos, no de un modo meramente yuxtapuesto o intercambiable sino a partir de una distribución más o menos explícita de cometidos, y articulada sobre la base de un, también más o menos explícito, orden jerárquico que demanda la determinación en el ámbito de la actividad laboral de un cierto poder de dirección de unos sujetos frente a los otros. Así, el texto refundido de la ley del Estatuto de los trabajadores, Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en su artículo 5 c) sitúa entre los deberes de los trabajadores, el de cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas –o de la persona en quien éste delegue, conforme precisa el artículo 20.1 del mismo texto legal–. Es obvio también que, como regla general, a mayor complejidad en la actividad profesional desempeñada, mayor también será el número de las categorías profesionales comprometidas en la misma, distintas categorías que, a menudo, aparecen también articuladas entre sí de un modo jerárquico o piramidal.

Por descontado, en el ámbito de la Administración pública, la relación estatutaria sustituye en general a la meramente convencional propia de la actividad profesional privada, dotando de significativas peculiaridades al régimen jurídico de sus trabajadores, pero sin que naturalmente estén ajenas en el desarrollo de la actividad profesional implementada por los funcionarios públicos aquellas mismas relaciones de subordinación o facultades de dirección a las que hasta aquí nos venimos refiriendo, entre los diferentes cargos o categorías profesionales que componen el funcionariado.

Sentado lo anterior, este Tribunal considera que el prevalimiento del cargo público al que el artículo 198 CP alude debe ser interpretado no en el sentido de mero aprovechamiento (laboral) del cargo, de la categoría profesional o de las facultades de dirección que el mismo proyecta sobre sus subordinados (también funcionarios públicos de ordinario), sino en atención a que el delito sea cometido prevaleándose el sujeto activo de su condición o cargo público frente a particulares (o naturalmente frente a autoridades o funcionarios públicos al margen de su función). Lo que en este caso merece un reproche reforzado de la conducta desplegada por el autor no es el empleo abusivo de la relación laboral que liga a víctima y victimario –cuando, en sustancia, no resulte distinto del que puede hallarse en cualquier actividad profesional privada–, sino el aprovechamiento por el sujeto activo de su condición de «cargo público», del ejercicio abusivo del mismo, ordinariamente frente a los administrados o frente a otros funcionarios públicos a través del empleo de métodos o formas vinculadas o reservadas al ejercicio de aquella condición. Así, por ejemplo, si el acusado hubiera requerido la presencia en su despacho profesional, con ese mismo fin delictivo, de particulares concernidos o no por alguna clase de expediente administrativo, estaría indudablemente abusando, prevaleándose, de su cargo público para la comisión del delito. Pero no sucede lo mismo cuando, como aquí, los requerimientos se efectuaban frente a otras funcionarias públicas, no sobre la base de la autoridad o facultades que el cargo mismo atribuye en cuanto tal sino en el marco de una simple relación de dependencia laboral, en este caso funcional. No se advierte, en definitiva, motivo

alguno para identificar en la conducta del acusado la presencia de una mayor gravedad en el injusto o un plus de culpabilidad que pudiera justificar la existencia de una exasperación sensible en la respuesta punitiva, más allá de la misma condición personal, –funcionario público–, del aquí acusado, comparando su conducta con otra equivalente que pudiera haber sido desarrollada en el marco de cualquier clase de actividad privada en la que el sujeto activo ostentara, con relación a las víctimas, una cierta relación de prevalencia o facultades de dirección profesional. Y no es la simple condición de funcionario público la que determina la aplicación del artículo 198 CP, siendo exigible que el mismo se prevalga de dicho cargo, de las facultades o atribuciones específicas que como tal comporta, abuso que vendrá determinado en atención al aprovechamiento del autor de las atribuciones públicas que el cargo lleva consigo frente a los administrados o por el inapropiado empleo de los medios específicos vinculados a la propia función pública a los que, solo por razón de dicho cargo, el sujeto activo tiene acceso.

Resulta obligado aquí traer a colación las consideraciones que tuvimos oportunidad de realizar en nuestra reciente sentencia núm. 244/2020, de 27 de mayo (...) en el que se describen diversas conductas constitutivas de delito de descubrimiento y revelación de secretos.

El citado tipo requiere en primer lugar que el sujeto activo sea autoridad o funcionario público. Ahora bien, no nos encontramos ante un tipo agravado anudado a la función pública. No es suficiente con la condición de funcionario público del sujeto activo. El propio tenor literal de precepto rechaza esta posibilidad. El artículo 198 CP exige algo más: que la actuación del sujeto no esté amparada por la Ley, que el acceso ilícito a la intimidad se produzca en una situación en la que no medie una causa o investigación por delito, y que el sujeto actúe con prevalimiento de cargo.

Conforme señalaba la sentencia de esta Sala núm. 305/2014, de 7 de abril, en referencia a la agravante genérica de prevalimiento de carácter público del culpable, la misma «(...) requiere que el autor ponga ese carácter público al servicio de sus propósitos criminales, de modo que, como tiene dicho gráficamente esta Sala en lugar de servir al cargo de funcionario se sirve de él para delinquir. En definitiva, el plus de reproche que supone esta agravante y que justifica el plus de punibilidad se encuentra en las ventajas que el ejercicio de la función pública otorga para poder realizar el hecho delictivo, de suerte que de alguna manera se instrumentaliza el cargo para mejor ejecutar el delito».

Es necesario pues que la autoridad o funcionario actúe en el área de sus funciones específicas, de tal modo que aun cuando la acción sea ejecutada por una autoridad o funcionario público, si su actuación no se refiere específicamente a tales funciones y únicamente se ha aprovechado de su condición de autoridad o funcionario para facilitar la comisión del hecho, su actuación deberá ser calificada conforme al artículo 197 CP.

(STS 5/2021, de 13 enero)

## ARTÍCULO 234 CP

*Hurto: si alguno de los coautores logra la consumación, se comunica a todos los partícipes cuando perseguidos inmediatamente al hecho es aprehendido uno o más de los infractores, pero otro u otros logran escapar con el producto de la depredación; en caso de consumación por alguno de los autores de un hurto que no alcance los 400 euros y para otros autores queda en tentativa, habrá que apreciar un concurso de*

*leyes entre un delito de hurto en tentativa por la total cuantía de objeto del delito y un delito consumado por la cantidad efectivamente dispuesta, aplicándose el que tenga pena mayor. Doctrina aplicable al delito de estafa y apropiación indebida.*

Cierto es que de manera reiterada la jurisprudencia de esta Sala, en los términos que rememoran las dos sentencias que precedieron a esta en el estudio del caso, ha mantenido que, si alguno de los coautores logró la consumación, esta se comunica a todos los partícipes (entre otras muchas, SSTS 1419//2002, de 29 de julio; o 490/2007, de 7 de junio). Si perseguidos inmediatamente al hecho, es aprehendido uno o más de los infractores pero otro u otros logran escapar con el producto de la depredación, el delito se consuma para todos (SSTS 11-7 y 10-10-1986, 17-3-1987, 30-9-1988, 5-4-1990 y 29-1-1991).

Y esa jurisprudencia es aplicable al caso que nos ocupa. No hay motivo para excluirla. El hurto está consumado para los tres autores que actuaron concertados y conjuntamente al haber logrado uno de ellos escapar con una prenda valorada en 149 euros. La cuestión es si debe entenderse consumado un delito del artículo 234.1, es decir, por cuantía superior a los 400 euros, cuando lo dispuesto no alcanza esa cifra. Como señaló el Fiscal en su elaborado escrito apoyando el recurso, se trata de un problema que no solo se suscita en los casos de coautoría, sino que puede perfectamente plantearse respecto a un autor individual. Pensemos en quien, actuando en solitario, no puede abandonar el lugar de los hechos con la totalidad del botín, pero si huir con parte.

(...) Cuando de disponibilidad parcial de los efectos sustraídos se trata, es frecuente la referencia a la jurisprudencia de esta Sala que desde antiguo ha venido señalando que basta con la disponibilidad de una parte de lo sustraído para que el delito quede consumado en su totalidad. Y si bien es cierto que ese criterio se ha mantenido, no lo es menos que se trata de una doctrina asentada en relación a los delitos de robo y en supuestos de continuidad delictiva, por mucho que, en ocasiones, siempre la margen del *thema decidendi*, se proclame aplicable también al delito de hurto.

(...) Hay que decidir, en definitiva, si en casos de consumación parcial, es admisible considerar perfeccionado un delito de hurto en una tipificación agravada, cuando el límite cuantitativo que atrae la misma solo se alcanza sumando a la cuantía de los efectos de los que se llegó a disponer efectivamente, con la de aquellos respecto a los que no se logró la disponibilidad. O lo que es lo mismo, cuando el importe de lo aquello de lo que se llegó a disponer efectivamente, no llega al límite de esa tipicidad. Solo en este aspecto quedará, en su caso, matizada nuestra jurisprudencia anterior, si bien la decisión tiene también trascendencia en relación a los delitos de estafa y de apropiación indebida, tipificados en una escala gradual parangonable con la del hurto.

(...) Se plantean tres posibles alternativas. La que mantiene la resolución recurrida, es decir, que debe entenderse consumado el hurto por el importe total de todos los efectos, de los que dispusieron y de los que no, aunque la adición de estos últimos provoque un salto agravatorio en la calificación. La de entender que solo se ha cometido un delito por el importe de los efectos de los que efectivamente se dispuso, en este caso un delito leve del artículo 234.2 CP. Otra tercera, afrontarlo como una relación concursal entre el tipo previsto en el artículo 234.1 CP en tentativa, y la modalidad que como delito leve tipifica el artículo 234.2 CP, en este caso consumada. Y dentro de esta, habremos de decantarnos entre el concurso de delitos o el de normas.

1. La primera opción debe ser descartada en cuanto opera sobre una ficción, la disponibilidad de unos efectos que no se ha conseguido, luego faltaría, de cara a la



aplicación de la modalidad agravada, tanto acción como resultado. Incurriríamos en un exceso difícilmente compatible con el principio de culpabilidad y el de proporcionalidad proyectados sobre el desvalor de la acción y el resultado.

2. Tampoco la que hemos anunciado como segunda opción proporciona una solución satisfactoria. Entender que nos encontramos ante un delito leve de hurto consumado del artículo 234.2 CP tomando en consideración exclusivamente el valor de aquello de lo que se llegó a disponer, resultaría igualmente desproporcionado, esta vez por defecto. Supondría desprestigiar la entidad del proyecto criminal, y que, además de lo dispuesto, hubo un intento de apoderamiento de otras prendas que superaban el límite cuantitativo de los 400 euros, en el que se ha colocado la frontera entre el delito leve de hurto y el menos grave.

3. Centrándonos en la tercera opción, ante la disyuntiva entre el concurso de delitos, que en todo caso sería ideal, o el de normas, nos decantamos por este último. Nos encontramos ante tipos de idéntica factura y significado jurídico, y ante un comportamiento también unitario en la vertiente natural y en la jurídica, de manera que el más grave los delitos concernidos absorbe de manera suficiente el desvalor.

(...) En este caso entendemos que el criterio que se acomoda en mayor medida al desvalor de la acción y la culpabilidad de los acusados, es el contemplado en el artículo 8.4 CP, que prima la mayor gravedad de la pena, lo que nos proyecta en este caso hacia el delito intentado del artículo 234.1 y 3 CP, que al tener prevista pena privativa de libertad, frente a la de multa que lleva aparejado el delito leve del artículo 234.2 y 3, emerge como más grave. Tal opción no afecta a las responsabilidades civiles derivadas de todo el conjunto, ni impide, en la determinación de la pena, tomar en consideración como factor de relevancia, el que se produjera una disponibilidad parcial.

Con arreglo a la construcción por la que nos decantamos, refrendamos en su vigencia la tradicional jurisprudencia de esta Sala según la cual, tanto en los supuestos de autoría individual como plural, la acción delictiva alcanza la perfección aunque no se logre la disponibilidad de la totalidad de los efectos sustraídos. Doctrina que solo modulamos en el sentido de interpretar que, en casos de consumación parcial de un delito de hurto, también aplicable a los de estafa y apropiación indebida, no cabrá entender consumado el delito con arreglo a una calificación más grave, cuando la cuantía de los efectos respecto de los que se ha obtenido la disponibilidad parcial no alcanza la que la misma requiere. Tales supuestos se resolverán a través de las reglas del concurso de normas, entre la infracción más grave en atención al valor conjunto de todos los efectos, en grado de tentativa, y la consumada a tenor de la disponibilidad efectiva, a resolver de conformidad con la regla del artículo 8.4 CP. En este caso, entre el tipo previsto en el artículo 234.1 y 3 CP intentado, y el delito leve del artículo 234.2 y 3 CP consumado.

(STS 316/2021, de 15 abril)

## ARTÍCULO 250 CP

*Estafa impropia: ocultación a la compradora de la vivienda de que además de la hipoteca sobre la que se informó, también existía otra por otra disposición por cuantía muy superior; concurso de normas con la estafa agravada por recaer sobre vivienda: aplicación del principio de especialidad.*

En los casos en los que se dispone de un inmueble con la finalidad de que constituya la vivienda del comprador, concurriendo engaño consistente en ocultar que sobre el mismo existe una carga (del mismo modo cuando se atribuya falsamente facultad de disposición sobre el mismo careciendo de ella o cuando habiéndola enajenado como libre la gravare o enajenare nuevamente), resultan aplicables a los hechos tanto el artículo 251.2.º, primer inciso, (o apartado primero o segundo, segundo inciso) que específicamente se refiere a esa conducta, como el artículo 248, que la incluiría en su redacción más genérica, aunque con la agravación prevista en el artículo 250.1.1.º, en la medida en que hubiera concurrido un engaño bastante que diera lugar al acto de disposición del comprador.

En todos los casos del artículo 250.1, los hechos serían acreedores a una pena diferente en su límite máximo, de 4 años en el artículo 251 y de 6 años en el artículo 250. La cuestión se presenta con mayores consecuencias cuando, además de tratarse de vivienda habitual del comprador, la defraudación es superior a 50.000 euros, (o concurre cualquiera de las agravaciones del artículo 250.1.4.º, 6.º o 7.º, o afecta a un número elevado de personas, apartado 5.º), pues en ese caso la pena correspondiente, en lugar de situarse entre 1 y 4 años conforme al artículo 251, lo haría entre 4 y 8 años de prisión, de acuerdo con el artículo 250.2.

Conviene realizar dos precisiones. En primer lugar, es cierto que el concurso no tiene lugar en todos los casos, pues puede haber ocasiones en las que solo sea aplicable uno de los preceptos por faltar algún elemento del otro tipo delictivo (STS núm. 810/2016, de 28 de octubre; STS núm. 170/2018, de 11 de abril y STS núm. 283/2020, de 4 de junio). Y, en segundo lugar, la concurrencia de normas se puede producir no solo en los casos mencionados, sino en todos los previstos en el artículo 250.1 y en el artículo 251.

2. La jurisprudencia no ha sido uniforme en la resolución de esta cuestión. Reconociendo la existencia del problema, en ocasiones se ha inclinado por aplicar el principio de especialidad entendiendo que el precepto especial es el artículo 251, en tanto que describe una conducta engañosa muy específica y teniendo también en cuenta que, de otra forma, dados los supuestos del artículo 250.1, aquel precepto quedaría como de aplicación muy residual, lo cual no se compadece bien con su mantenimiento en el CP de 1995, en el que, además, no existe, como con anterioridad, una remisión a las penas del artículo que regula los supuestos agravados de la estafa genérica. En este sentido pueden citarse la STS núm. 941/2007, de 8 de noviembre; núm. 797/2011, de 7 de julio; 90/2014, de 4 de febrero; 107/2015, de 20 de febrero y 434/2019, de 1 de octubre.

Pero, en otras ocasiones se ha tenido en cuenta que la especialidad también es predicable del artículo 250.1, que se refiere a conductas muy específicas que considera más graves, y que, en todo caso, apreciando ambas especialidades, sería de aplicación el principio de alternatividad, que conduciría a la misma solución, es decir, a la aplicación de este último precepto. En este sentido la STS núm. 954/2010, de 3 de noviembre; núm. 934/2013, de 10 de diciembre; núm. 580/2016, de 30 de junio, o núm. 50/2018, de 30 de enero. En este sentido, el artículo 251 contempla conductas que pueden ir referidas a bienes muebles o inmuebles, y, dentro de éstos, a viviendas habituales o a otros inmuebles con destinos o utilidades diferentes. Y describe conductas consistentes, por ejemplo, en atribuirse falsamente unas facultades inexistentes sobre la cosa, sin tener en cuenta expresamente, por ejemplo y por citar algunos casos, si se trata de cosas de primera necesidad (artículo 250.1.1.º); si recae sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico (artículo 250.1.3.º); si el valor de la defraudación es superior a 50.000 euros (artículo 250.1.4.º), o si deja en a la víctima o a su familia en una situación económica seriamente negativa.

La especialidad sería aplicable con carácter general, en cuanto que en todos los casos del artículo 250.1 se recogen conductas que justifican, en la opción de la norma, la agravación la pena, y muy concretamente, en relación con el apartado 1.º referido a viviendas, además de a cosas de primera necesidad u otros bienes de reconocida utilidad social, que cuando concurre con las agravaciones de los apartados 4.º (especial gravedad), 5.º (valor de la defraudación de más de 50.000 euros o afectación de un elevado número de personas); 6.º (abuso de relaciones personales o de credibilidad empresarial) o 7.º (estafa procesal), determina que la pena quede establecida entre 4 y 8 años.

Se razona en alguna sentencia en el sentido de que no resulta explicable que la protección a la vivienda habitual, que justifica la imposición de esa pena más agravada cuando concurre, por ejemplo, con el valor de lo defraudado en más de 50.000 euros, lo que sucede con alta frecuencia, resulte debilitada en los casos en los que el engaño consista en la ocultación de una carga sobre el bien inmueble. O, por citar otros supuestos del artículo 251, cuando consista en atribuirse falsamente facultad de disposición sobre el inmueble careciendo de ella por no haberla tenido nunca o por haberla ya ejercitado.

El artículo 251 sanciona comportamientos que pueden ejecutarse (ordinariamente lo serán) mediante maquinaciones engañosas a las que son aplicables las exigencias jurisprudenciales sobre las características necesarias del engaño. También en el caso del segundo inciso del artículo 251.2.º, aunque el engañado y el perjudicado sean sujetos diferentes. Esas características de estos engaños pueden explicar una agravación respecto del tipo básico. Pero no se alcanzan las razones de que excluyan las previstas en los subtipos agravados del artículo 250.

3. En general, la especialidad de una norma, con la correlativa aplicación del principio de especialidad, puede justificar una agravación o una atenuación de la pena. Pero, tanto en un caso como en otro, el resultado debe estar apoyado en una mayor o menor gravedad del hecho, que es lo que justifica la modificación de la pena respecto del tipo básico. Concretamente, resulta difícil de justificar que la especialidad conduzca a una reducción de la pena cuando en el tipo que se considera especial no se aprecian elementos que determinen una menor gravedad.

En la mayoría de los casos citados, no aparecen en la descripción típica elementos que expliquen una menor gravedad, de forma que la especialidad condujera a la aplicación del artículo 251, que prevé menor pena que el artículo 250.1 o 2. Como ocurre en el caso presente, en el que, aunque no se oculte la existencia de la hipoteca, se oculta el importe de la deuda de la que responde.

Es cierto que podría argumentarse que el sistema de publicidad registral respecto de los inmuebles es valorable a los efectos de la determinación de la gravedad de la conducta, e, incluso, con referencia a la especialidad de la previsión legal. Pero, de un lado, el precepto se refiere también a cosas muebles, y, de otro, contempla conductas en las que tal sistema de publicidad resulta inoperante (el que, habiéndola enajenado como libre, la gravare o enajenare nuevamente antes de la definitiva transmisión al adquirente)

4. Como ya se decía en alguna sentencia anterior, no se aprecia la existencia de razones consistentes que avalen que la agravación de las estafas que se contempla en el artículo 250.1 y 250.2 CP cedan ante la agravación de los tipos básicos contenida en el artículo 251, en los casos en que sea aplicable, dadas las características de la conducta. Todos los supuestos previstos en el artículo 251 presentan caracteres especiales respecto de los previstos con carácter muy general en el artículo 248. Y lo mismo ocurre con las previsiones del artículo 250, apartados 1 y 2. Puede tenerse en cuenta, como supuesto bien significativo, la atribución de facultades inexistentes

sobre inmuebles, por valor defraudatorio superior a 50.000 euros, que están destinados a vivienda habitual del comprador, frente a cualquier otro engaño respecto a los mismos. En este segundo caso, la pena quedaría comprendida entre 4 y 8 años, mientras que en el primero lo sería entre 1 y 4 años.

Por lo tanto, y aunque ello conduzca a la aplicación más restrictiva del tipo básico (artículo 248 y 249) y a la de un primer subtipo agravado respecto del mismo (artículo 251), la correcta protección de los bienes jurídicos afectados por conductas que la norma considera más graves, aconseja considerar que, por aplicación del principio de especialidad, será aplicable en primer lugar el artículo 250.1 y 2 (pena de 4 a 8 años de prisión y multa de 12 a 24 meses), cuando concurren las circunstancias previstas en él, es decir, la 1.ª del artículo 250.1 junto con las previstas en los apartados 4.º, 5.º, 6.º o 7.º del mismo artículo.

En segundo lugar, se aplicará el artículo 250.1 (pena de 1 a 6 años de prisión y multa de 6 a 12 meses) en caso de no concurrir de la forma expuesta las circunstancias antes referidas, pero apreciando la concurrencia de cualquiera de las circunstancias de este artículo 250.1.

En tercer lugar, se aplicará el artículo 251 (pena de 1 a 4 años de prisión) cuando, no siendo aplicables los anteriores preceptos, concurren las circunstancias previstas en el mismo. De la misma forma será aplicable en los casos en que por las características de los hechos no sea aplicable el tipo general de la estafa, por no apreciarse la concurrencia del engaño.

Y, finalmente, en cuarto lugar, serán aplicables los artículos 248 y 249 (pena de 6 meses a 3 años de prisión), cuando no sean aplicables los anteriores preceptos.

De tal manera que la regulación de la estafa vendría constituida por un tipo básico y tres subtipos progresivamente agravados en atención a la gravedad de la conducta y a las necesidades de protección de los bienes jurídicos, de manera que, para resolver el concurso aparente de normas, es aplicable el principio de especialidad. En todo caso, si se reconocieran distintas especialidades sin posibilidad de optar por alguna de ellas de modo preferente, la aplicación del principio de alternatividad conduciría a la misma solución.

5. En el caso, por lo tanto, al tratarse de una operación de compraventa de un inmueble destinado a vivienda habitual del comprador en la que la decisión de la compradora vino determinada por un engaño consistente en la ocultación de una carga por importe de más de 50.000 euros, puede apreciarse la concurrencia aparente del artículo 251.2.º, inciso primero, con el artículo 248, 250.1, 1.ª y 5.ª, según la redacción actualmente vigente, y 250.2, todos del CP, por lo que la pena estaría comprendida entre 4 y 8 años de prisión, además de la multa de 12 a 24 meses, resultando aplicable este último precepto como consecuencia del principio de especialidad (artículo 8.1.º CP), y, subsidiariamente, por aplicación del principio de alternatividad (artículo 8.4.º CP).

No resultan aplicables separadamente las agravaciones contempladas en los apartados 4.º y 5.º, pues, en el caso, la entidad del perjuicio solo viene determinada, según lo que resulta de los hechos probados, por el importe de la defraudación. Y tampoco resulta de aplicación la agravación prevista en el apartado 6.º, pues no se aprecia abuso de unas relaciones personales inexistentes entre víctima y defraudadora, ni tampoco aparece descrito un aprovechamiento de la credibilidad empresarial o profesional de esta última.

(STS 355/2021, de 29 abril)

## ARTÍCULO 305 CP

*Delitos contra la Hacienda Pública: para la determinación de la cuota del IVA en la cantidad a abonar por los bienes vendidos o servicios prestados se ha de deducir la cantidad del IVA soportado en la adquisición de esos bienes o servicios: excepción a ello cuando el sujeto pasivo ha participado deliberadamente en el fraude para que no se abone el IVA soportado.*

No discuten las partes en este recurso cuál es el importe de la cuota devengada por IVA en cada uno de los ejercicios económicos objeto de enjuiciamiento, lo que se cuestiona es si el importe devengado puede ser minorado con el importe del IVA que debía haberse soportado con ocasión de prestarse los servicios a las entidades domiciliadas en Canarias, incluyendo el llamado IVA intragrupos.

La cuestión, teniendo repercusión para la determinación del requisito objetivo del tipo penal, viene regulada en el Capítulo Primero, del Título VIII de la ley 37/1992, que hace referencia a las deducciones aplicables en la determinación de la cuota del impuesto.

(...) La jurisprudencia de esta Sala muestra un precedente en el que se analizó la cuestión de manera tangencial; concretamente en la sentencia del Pleno de la Sala Segunda 357/2020, de 30 de junio.

No resolvimos en aquella ocasión si el IVA soportado y no ingresado, había de descontarse a la hora de liquidar el IVA posteriormente devengado y defraudado. En aquella ocasión, se trataba de un empresario que no había declarado la venta de determinados productos. Al descubrirse la facturación oculta y constatarse que en las facturas de venta solo se reflejaba el precio por el que se había vendido el producto, sin detallarse si lo facturado incluía o no el importe del IVA correspondiente a la operación, se analizó si los beneficios obtenidos en cada ejercicio económico por el empresario, a efectos de su tributación en IRPF, debían calcularse descontando el IVA que supuestamente debería haber ingresado.

En dicha resolución, el Pleno de la Sala, si bien subrayaba que las sentencias del TJUE no se orientan a indicar a los órganos de la jurisdicción penal qué criterio han de seguir para determinar la cuota defraudada en un impuesto, a fin de evaluar la concurrencia o ausencia del requisito objetivo del tipo penal que ahora analizados, sí admitía la trascendencia que pueden tener sus resoluciones para marcar la prevalencia del derecho europeo en la interpretación de las normas tributarias. Y desde esta consideración reflejaba la STJUE, de 5 de octubre de 2016 (sentencia Astone, asunto C-332/15), que si bien subrayaba (ap. 43) que el derecho de los sujetos pasivos a deducir del IVA del que son deudores el IVA soportado por los bienes adquiridos y los servicios recibidos constituye un principio fundamental del sistema común del IVA establecido por la legislación de la Unión (sentencias de 6 de diciembre de 2012, Bonik, C-285/11, EU: C:2012:774, apartado 25 y jurisprudencia citada, y de 13 de febrero de 2014, Maks Pen, C-18/13, EU: C:2014:69, apartado 23), también concluía que «que...una denegación del derecho a deducir en circunstancias que demuestran la existencia de un fraude fiscal por parte del sujeto pasivo que pretende disfrutar de este derecho no puede considerarse contraria al principio de neutralidad fiscal, ya que éste no puede ser válidamente invocado por un sujeto pasivo que ha participado deliberadamente en tal fraude y ha puesto en peligro el funcionamiento del sistema común del IVA (véanse, por analogía, la sentencia de 7 de diciembre de 2010, R., C-285/09, EU: C:2010:742, apartados 51 y 54, así como, en este sentido, la sentencia de 18 de diciembre de 2014, Schoenimport «Italmoda» Mariano Previti y

otros, C-131/13, C-163/13 y C-164/13, EU: C:2014:2455, apartado 48)». De suerte que la conclusión respecto de la cuestión prejudicial que allí se resolvió fue que «...los artículos 168, 178, 179, 193, 206, 242, 244, 250, 252 y 273 de la Directiva IVA deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que permite a la administración tributaria denegar a un sujeto pasivo el derecho a deducir el IVA cuando se ha acreditado que éste incumplió fraudulentamente... la mayoría de las obligaciones formales que le incumbían para poder disfrutar de ese derecho».

En el mismo sentido, la STJUE, de 5 de octubre de 2016 (C-576/15) recuerda que «... los sujetos pasivos que hayan cometido un fraude fiscal consistente, en particular, en ocultar operaciones imponibles e ingresos relativos a las mismas no se hallan en una situación comparable a la de los sujetos pasivos que cumplen sus obligaciones en materia de contabilidad, de declaración y de pago del IVA. Por consiguiente, este principio no puede ser válidamente invocado por un sujeto pasivo que ha participado deliberadamente en tal fraude y ha puesto en peligro el funcionamiento del sistema común del IVA (véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de diciembre de 2014, Schoenimport «Italmoda» Mariano Previti y otros, C-131/13, C-163/13 y C-164/13, EU: C:2014:2455, apartado 48, y de 28 de julio de 2016, Astone, C-332/15, EU: C:2016:614, apartado 58)».

En línea similar, la STJUE 18 de diciembre de 2014 (asuntos acumulados C-131/13, C-163/13 y C-164/13) recordó que «...la función central que corresponde al derecho a deducción, previsto en el artículo 17, apartado 3, de la Sexta Directiva, en el mecanismo del IVA para garantizar una perfecta neutralidad del impuesto no se opone a que se deniegue tal derecho a un sujeto pasivo en el supuesto de una participación en un fraude (véanse en este sentido, en particular, las sentencias Bonik, EU: C:2012:774, apartados 25 a 27 y 37, y Maks Pen, EU: C:2014:69, apartados 24 a 26). Igualmente, la función específica que corresponde al derecho a la devolución del IVA, para garantizar la neutralidad de este impuesto, no puede oponerse a la denegación de este derecho a un sujeto pasivo en tal supuesto».

Por último, recordábamos también la reciente sentencia del TJUE, C-159-17, de 7 de marzo de 2018, al expresar que «...los artículos 167 a 169, 179, 213, apartado 1, 214, apartado 1, y 273 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que permite a la Administración tributaria denegar a un sujeto pasivo el derecho a la deducción del impuesto sobre el valor añadido cuando se acredita que, debido a los incumplimientos que se le imputan, la Administración tributaria no ha podido disponer de la información necesaria para comprobar que concurren los requisitos materiales que generan el derecho a la deducción del impuesto sobre el valor añadido soportado por dicho sujeto pasivo, o que este último actuó de manera fraudulenta para poder disfrutar de tal derecho, circunstancias que incumben verificar al tribunal remitente».

(...) Se ha declarado que los servicios prestados por las empresas del acusado, en realidad eran prestados por su entidad domiciliada en Madrid, y que las empresas que constituyó en Canarias no tenían otra finalidad que simular que la prestación de los servicios se hacía por empresas situadas fuera del territorio del impuesto. De este modo, el fraude (...) no solo se proyecta sobre la elusión del pago del IVA devengado por la prestación de sus servicios a otras entidades, sino también sobre el IVA devengado con ocasión de su propia adquisición. Si las grandes empresas de telecomunicaciones no ingresaron el IVA devengado por la prestación de servicios a la empresa del acusado que realmente recibía sus servicios, no fue como consecuencia de la omisión

defraudatoria e intencional de aquellas como sujetos pasivos del impuesto en aquel tramo (como refleja el sobreseimiento acordado en su día), sino porque el recurrente desplegó un ardid tendente a hacerlas creer que los servicios se prestaban a dos empresas autónomas en su funcionamiento y que, consecuentemente, el impuesto no podía devengarse al tratarse de servicios supuestamente prestados a entidades establecidas fuera del territorio del impuesto.

En esencia, el fraude del recurrente no solo se proyecta sobre el IVA que debió haber ingresado, sino también sobre aquel que debió soportar y no se devengó. De este modo, el IVA que debió soportarse no puede resultar deducible, en la medida en que su falta de ingreso es consecuencia directa e ineludible del específico fraude desplegado por el acusado, lo que, de conformidad con los artículos 6.2, 6.3 y 6.4 del CC, así como con el artículo 11.2 de la LOPJ, determina excluir la minoración de su importe, tanto en la cifra que descuenta la sentencia de instancia, como con respecto al IVA intra grupo que la defensa reclama en el motivo 1a de su recurso.

(STS 115/2021, de 11 febrero)

## ARTÍCULO 325 CP

*Contaminación acústica: la creación de un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas no es un tipo hiperagravado del artículo 325.2 CP, sino un tipo autónomo que añade un potencial peligro del tipo básico que agrava las conductas del artículo 325.1 CP.*

(...) La jurisprudencia de esta Sala, pese a las dificultades interpretativas asociadas a los tipos penales llamados a esa protección, ha considerado que la contaminación acústica es un ataque contra la salud y el medio ambiente, de obligado tratamiento penal.

(...) El casuismo jurisprudencial es revelador de que los problemas de tipicidad han sido resueltos entendiendo que estamos ante un delito que responde a la estructura que es propia de «...los delitos de peligro hipotético, también denominados de peligro abstracto-concreto, de peligro potencial o delito de aptitud. De modo que no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro. La categoría de los denominados delitos de peligro abstracto-concreto o de peligro hipotético no requiere la concreción del peligro como proximidad de amenaza inmediata para un bien determinado. Basta la producción de una situación de riesgo apreciada desde la perspectiva meramente *ex ante* (SSTS 141/2008, 8 de abril; 838/2012, 23 de octubre; 840/2013, 11 de noviembre y 713/2014, 22 de octubre).

Se trata, en definitiva, de un delito «...cuya base es la infracción de ordenamiento que sobrepasa los límites de lo permitido, requiriendo que sanción que infringe el ordenamiento se ha valorado como perjudicial para lo que es preciso acudir a la normativa específica, en este caso emanadas del ayuntamiento, que regula el ámbito de lo permitido por la actividad industrial para compaginar lo con el derecho a una convivencia ordenada. Por otra parte desde la tipicidad subjetiva, el dolo de este delito consiste en el conocimiento de que la acción realizada, en el caso las emisiones acústicas, genera un riesgo grave en el bien jurídico lo que comporta la existencia de una

voluntariedad en la causación de riesgo y la representación de que la interacción puede generar los perjuicios que en el caso se declaran probados, lo que se corrobora cuando conociendo el incumplimiento de la norma, conociendo el resultado producido, no se desiste de la acción y el resultado perturbador se mantienen en tiempo (...). Normalmente, será un dolo eventual ya que la conducta lesiva del medio ambiente se limitará a poner en peligro como resultado de la acción el bien jurídico con conocimiento de la acción que se desarrolla y la potencialidad de riesgo» (STS 431/2018, 27 de septiembre).

(...) Se hace preciso ahora constatar que a esa infracción normativa se suma la creación de un riesgo grave para las personas desde la perspectiva que es propia de los delitos de peligro potencial o hipotético, en los términos que hemos referido en los apartados precedentes. Para colmar el juicio de tipicidad no resulta precisa la constatación objetiva de unas lesiones en que se haya materializado ese peligro. Basta acreditar su potencialidad lesiva para que el delito pueda estimarse consumado. Tampoco es indispensable que la concreta situación de peligro para la salud de las personas se evidencie como elemento del tipo. Basta un anticipado juicio de idoneidad sobre la capacidad de la acción para generar ese peligro.

Admitiendo la anterior premisa, parece evidente, que la notoria superación de los umbrales del ruido reglamentariamente admitido en los negocios de hostelería en zonas residenciales, implica, en términos generales, un riesgo de afectación en la salud y el bienestar –en definitiva, en su derecho al equilibrio existencial– para las personas a las que esa contaminación acústica pueda llegar a repercutir. La disposición de la vivienda de los denunciantes superpuesta al local generador de los ruidos define un escenario en el que el elemento normativo y el grave riesgo potencial de deterioro de la salud de los moradores se hace patente, sobre todo en supuestos como el analizado en que ello ha durado desde el año 2002 hasta el 2013, once años.

En efecto, en el ámbito propio de la contaminación acústica, la valoración de la gravedad, a la vista de los precedentes más destacados, ha de atender a la continuidad e intensidad del ruido (STS 327/2007, 27 de abril), así como a la prolongación en el tiempo, reiteración, continuas visitas de inspección, levantamiento de los precintos y mecanismos empleados para sortear la limitaciones impuestas sobre la fuente de contaminación» (STS 410/2013, 13 de mayo) o a la intensidad e ilegalidad de las emisiones (STS 370/2016, 28 de abril).

Por tanto, la transgresión de las normas reguladoras de la contaminación acústica con índices de ruido susceptibles de generar un grave riesgo para la salud de las personas, como acontece en este supuesto, implica la correcta aplicación del artículo 325 del CP.

(...) Ahora bien, como hemos dicho en la reciente sentencia de esta Sala 207/2021, de 8 de marzo, el artículo 325 del CP abre el capítulo relativo a los «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», y tras la reforma operada por la LO 1/2015, 30 de marzo, el casuismo con el que se describe la acción típica y los clamorosos errores de técnica legislativa han multiplicado los problemas interpretativos que ya existían respecto de la redacción original, siendo el resultado el de un precepto, singularmente el apartado 2.º, que suscita la duda de si es un tipo básico o agravado.

La citada sentencia también apunta a lo paradójico de la dificultad de determinar la norma intemporal aplicable y qué legislación es más favorable, en los siguientes términos: «Así, por lo que afecta a la duración de la pena privativa de libertad, la redacción original del CP de 1995 castigaba la contravención de las leyes y reglamentos protectores del medio ambiente, cuando fuera acompañada de la emisión de vertidos, radiaciones, extracciones y demás acciones contaminantes, con la pena



de 6 meses a 4 años de prisión. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión tenía que imponerse en su mitad superior. Esta respuesta penal se mantuvo en la reforma operada por la LO 15/2003, 25 de noviembre. Sin embargo, la modificación de la LO 5/2010, 22 de junio, supuso el cambio en la pena de prisión, que fue elevada de 2 a 5 años, manteniendo la agravación, en su mitad superior, para el caso de riesgo grave para la salud de las personas. La última reforma llevada a cabo por la LO 1/2015, 30 de marzo, incorporó una sensible rebaja de la pena de prisión, que pasó de un tope máximo de 5 años a una pena de entre 6 meses y 2 años, con la agravación para el caso de afectación grave de la salud de las personas que, como novedad, ahora podía ser elevada «...hasta la superior en grado».

Esta Sala se enfrenta al desafío de proclamar una interpretación que sea acorde con los principios que legitiman la aplicación de la norma penal y que evite quebras clamorosas del principio de proporcionalidad. Desde esta perspectiva ha de afrontar el alcance de la reforma de la LO 5/2010, 22 de julio [sic], que ha descolocado sistemáticamente el inciso final en la redacción histórica del artículo 325 del CP –grave peligro para la salud de las personas– para ubicarlo en el párrafo final de un tipo agravado diferenciado que ahora tiene acogida en el artículo 325.2 del CP.

Pocas veces la Sala se encuentra en la tesitura de decidir, como punto de partida en la labor interpretativa, si el tipo penal aplicable al hecho declarado probado constituye un tipo básico o, por el contrario, acoge un tipo agravado. Y es que el artículo 325.2 del CP comienza refiriéndose a «...las anteriores conductas, por sí mismas o conjuntamente con otras». Es decir, la tipicidad del artículo 325.2 del CP se construye mediante una metodología de remisión sistemática a las conductas definidas como tipo básico, lo que es propio de la estructura formal de los tipos agravados.

Sin embargo, cuando se intensifica la pena por el «riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas», resulta especialmente difícil concluir que se trata de una agravación, sin otro apoyo que el vuelco sistemático que ha experimentado ese precepto, que ha sido desplazado del inciso final del verdadero tipo básico a un párrafo y un apartado distinto, ahora incluidos en el artículo 325.2 del CP.

La Sala concluye que en materia de contaminación acústica no existe un tipo básico alojado en el artículo 325.1 del CP para aquellos casos –que siempre encontrarán mejor tratamiento en el derecho administrativo sancionador– en que la contaminación acústica sea susceptible de generar un riesgo para la salud de las personas que, sin embargo, no llega a ser grave o a tener significancia. Ello nos obliga a una reinterpretación sistemática de la desestructurada novedad con la que ha sido incorporada la alusión al riesgo grave para las personas en la reforma de 2015. Conforme a esta idea, el tipo básico del delito contra el medio ambiente por contaminación acústica que genera grave daño a la salud de las personas, exige como presupuesto del tipo objetivo, además de la infracción legal o reglamentaria de las normas protectoras, que se haya desarrollado una acción capaz de generar un riesgo potencial grave –no leve– para la salud de las personas.

Sólo el potencial riesgo grave para la salud de las personas, no bastando para ello la mera constatación del incumplimiento formal de la normativa reguladora del ruido, puede legitimar el recurso al derecho penal como fórmula sancionadora. Lo contrario supondría erosionar el carácter fragmentario del derecho penal, su condición de última ratio, además del principio de proporcionalidad.

La primera consecuencia, claro es, tiene carácter penológico. En efecto, la pena a imponer en su mitad superior, «... pudiéndose llegar hasta la superior en grado», es la pena de prisión de 6 meses a 2 años (art. 325.1), no la de 2 a 5 años (art. 325.2). La creación de un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas no es un tipo hiperagravado que exaspere la pena impuesta en el artículo 325.2 del CP a aquellas

conductas que «...pudieran perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales». La generación de un riesgo grave para la salud de las personas representa un tipo autónomo que añade un potencial peligro a la estructura del tipo básico que, por su propia naturaleza, agrava la respuesta penal definida en el artículo 325.1 del CP.

Esta conclusión, fácil de obtener en las redacciones previgentes a la reforma de 2015, se complica ahora por la irreflexiva ordenación sistemática de los dos apartados que integran el nuevo artículo 325 del CP.»

(...) En el supuesto, la Sala de instancia considera que los hechos declarados probados son constitutivos de un delito contra el medio ambiente previsto y penado en el artículo 325 inciso final CP en redacción anterior a la reforma por la LO 5/2010, de 22 de junio, en el que se establece una pena que comprende desde 6 meses a 4 años de prisión, multa de 8 a 24 meses e inhabilitación especial para profesión u oficio de 1 a 3 años, pena que debido a la agravación del tipo ha de aplicarse en su mitad superior en lo que respecta a la pena privativa de libertad. Por lo cual, queda realmente enmarcada en un mínimo de 2 años, 3 meses y 1 día a 4 años de prisión.

En cambio, con la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, interpretada en los términos anteriormente apuntados por esta Sala, sin aplicación del párrafo segundo, por las razones expuestas, el juicio de contraste resulta más beneficioso, pues la pena tipo es prisión de 6 meses a 2 años, multa de 10 a 14 meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de 1 a 2 años, pone de manifiesto que la legislación más favorable es la que ha fijado la redacción actual del artículo 325, con un marco punitivo sensiblemente reducido en lo que afecta a la pena de prisión.

Existe, por tanto, un error en el juicio de subsunción, en la medida en que la aplicación del precepto penal más favorable es el de la legislación vigente, que debe ser aplicado con la penalidad que diremos en nuestra segunda sentencia.

(STS 870/2021, de 12 noviembre)

## ARTÍCULO 338 CP

*Delitos sobre la ordenación del territorio. Afectar a algún espacio natural protegido: el incremento penológico del artículo 338 CP no ha de operar sobre el artículo 319.1 CP en tanto éste se refiere a «la construcción no autorizada en lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor ecológico», sino sobre el artículo 319.2. CP para no castigar dos veces la agravación por el valor ecológico.*

Ciertamente el artículo 330 y su difícil armonización con el artículo 338 si se quiere llegar a consecuencias penológicas proporcionadas comparativamente, impone algún condicionante en la exégesis del artículo 338; pero no hasta el punto de introducir jurisprudencialmente un requisito que el legislador no quiso plasmar. El artículo 338 habla de afectar; no de afectar gravemente. Aunque es evidente, por lógica, que ha de tratarse de una afectación negativa, perjudicial; aunque no especial o singularmente perjudicial.

La mera construcción en el espacio catalogado ¿colma la antijuridicidad requerida por el subtipo?; ¿o se requiere una afectación real del espacio que habrá de quedar acreditada? Es correcto inclinarse por esta segunda alternativa. No estamos ante una circunstancia puramente locativa. Aunque en el caso de delitos urbanísticos en determinados espacios naturales la mera construcción implicará normalmente por sí misma esa afectación perjudicial o negativa.

Afectar significa, según la acepción del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española a la que hay que vincular la dicción del artículo 338 menoscarbar, perjudicar, influir desfavorablemente o producir alteración o mudanza en algo. A ella hay que estar. Por tanto, ha de producirse una real y constatable degradación o devaluación del espacio protegido. Eso no implica que deba quedar destruido; o que se produzca un daño irrecuperable o que se requiera irreversibilidad o un estado ruinoso, o consecuencias especialmente intensas. Los términos en que la sentencia de instancia expresa la incidencia negativa operada en el espacio natural (paisajística, en su fauna y flora, etc...) suponen ya afectación y deterioran el valor medioambiental de esa zona de especial (¡máxima!) protección.

Es verdad que si la afectación no se acredita o no se describe no puede apreciarse el tipo agravado. No basta con la referencia locativa. En eso tiene razón la sentencia de apelación. Pero en este caso puede hablarse de concreta afectación descrita en la sentencia de instancia. Y sobre esa base fáctica no se puede especular reclamando una afectación mayor (...).

(...) La estimación nos obliga a retomar la otra razón invocada por la Audiencia para denegar la concurrencia del artículo 338 CP. Se refería a su incompatibilidad con el artículo 319.1, cuestión controvertida sobre la que existen posiciones jurisprudenciales no uniformes.

(...) En ese panorama jurisprudencial zigzagueante (vid también STS 708/2016, de 19 de septiembre), que con elogiada profundidad repasa la sentencia de apelación, ha mediado la reciente STS 216/2020, de 22 de mayo, abriendo paso a una solución intermedia. Parte de la constatación de que en los casos en que la condición de suelo no urbanizable (art. 319.1) se base en «sus valores ecológicos» no cabrá la aplicación simultánea de 319.1 y 338 CP; pero en el conflicto de normas entre una calificación encajada en el artículo 319.1; y otra determinada por la aplicación conjunta de 319.2 y 338, el principio de alternatividad (art. 8.4) nos llevará a la segunda opción.

Un suelo puede estar protegido por razón de tal valor ecológico, sin que por ello tenga la consideración de espacio natural protegido, razona este precedente. No se solapan ineludiblemente ambas condiciones, aunque por definición todo «espacio natural protegido» entrará en el marco del artículo 319.1.º Es posible una protección ambiental del suelo –que determina básicamente su carácter no urbanizable– sin estar ante un espacio natural protegido. Más insólito, si es que cabe, será lo contrario. Está previsto en la legislación que el planeamiento urbanístico pueda proteger, declarándolos no urbanizables, determinados suelos en razón de sus valores ambientales, aunque lo más frecuente es que el planeamiento se remita o recoja la legislación ambiental a la hora de proteger espacios por esas razones, limitándose a declarar suelo no urbanizable de especial protección las diversas modalidades de espacio natural protegido incluidas en su término municipal.

Se pueden diferenciar –y seguimos haciéndonos eco de la STS 216/2020– tres tipos de espacios en función de la naturaleza del suelo a efectos de su protección penal:

- a) Suelo no urbanizable (art. 319.2 CP).
- b) Suelo no urbanizable especialmente protegido por los valores expuestos en el precepto (art. 319.1).
- c) Suelo integrado en un Espacio Natural Protegido (art. 338).

El grupo c) obliga a esclarecer si la protección reforzada del artículo 319.1 y la hiper protección del artículo 338 son compatibles. Es decir, si constituyen dos escalones sucesivos de una misma y única escalinata –puntos sucesivos de un mismo tramo–; o, por el contrario, se trata de una diversificación de la protección –un tramo inicial del que surgen dos escaleras o sendas diferentes: hay que decantarse por una u otra, según los caso–. Es decir, el tipo básico (art. 319.2) podría verse agravado por la afectación de factores medioambientales de dos formas: bien cuando, recae sobre un espacio natural protegido (art. 338), bien cuando sin recaer en un espacio natural protegido, se refiere a una zona en la que la calificación urbanística le reconoce un especial valor ecológico (art. 319.1.º).

La doble agravación acumulada se antoja desproporcionada. Así lo destacan dogmática y praxis. La comparación con el artículo 330 CP lo evidencia. Los resultados excesivos han empujado subliminalmente (así sucede aquí) a llevar más allá de su literalidad las exigencias del artículo 338 CP.

Proyectar el artículo 338 sobre el 319.1 significaría ponderar dos veces una misma circunstancia: el especial valor ecológico. Primero, por haber sido reconocido en el ámbito del planeamiento urbanístico; posteriormente por su proclamación a nivel general. Esa diversificación se presenta como artificiosa si se atiende a que en el primer nivel lo habitual es guiarse por el segundo nivel. Este debe determinar una protección más intensa, pero no reduplicada.

Estaríamos ante un juego de preceptos semejante al expresamente plasmado en los artículos 368, 369 y 370 CP en sede de delitos contra la salud pública: las agravaciones del artículo 370 operan sobre el tipo básico (art. 368) y no sobre los subtipos agravados (art. 369). No son dos peldaños sucesivos, sino dos agravaciones distintas y de intensidad diferenciada referidas ambas a un mismo tipo básico.

Aquí tanto el artículo 338 como el artículo 319.1 se referirían, alternativamente (uno u otro, pero no los dos), al tipo básico: artículo 319.2.

(...) Agravar (art. 319.1) por ese especial valor ecológico reconocido urbanísticamente; y sobre esa agravación situar otra por virtud de tratarse de un espacio natural protegido es agravar dos veces con un único e idéntico fundamento: el valor ecológico.

Llevar los hechos, empero, tanto al artículo 319.1, como al artículo 338 no solo parece quebrar la prohibición del *bis in ídem* sino que además conduce a resultados penológicos francamente desproporcionados, que se han pretendido corregir estrechando el ámbito del artículo 338 en contradicción con su tenor literal.

Ubicarlos en exclusiva en el artículo 319.1 significa equiparar supuestos diversos y desactivar el artículo 338 en contra de lo que se parece ser voluntad del legislador que quiere dotar de especial tutela a esos espacios.

Negar la virtualidad del artículo 338 CP en casos como el ahora contemplado no solo contradice algún pronunciamiento anterior ya citado de esta Sala, sino que además, despojaría de eficacia en este ámbito al artículo 338 CP, desactivando esa protección reforzada.

Por esas razones la STS 216/2020, que nos está sirviendo de falsilla –algunos de sus párrafos se han clonado sin más–, opta por una vía intermedia: el conflicto entre el artículo 319.1 o 338 ha de ser resuelto dando preferencia a este último pero contemplado como alternativa y no cumulativamente, con arreglo a la técnica del concurso de normas penales (art. 8 CP): los hechos pueden ser castigados conforme a los artículos 319.2 y 338; o según el artículo 319.1. Ambas calificaciones gozan del mismo grado de especialidad (se agrava por el valor ecológico). En un caso, cuando ha sido reconocido exclusivamente a nivel de planeamiento urbanístico; en el otro,

cuando ese reconocimiento es más general. Al ser inaplicable el principio de especialidad (art. 8.1 CP) habrá que acudir a los criterios subsidiarios para solventar esta concurrencia de normas, lo que nos conduce al principio de alternatividad (art. 8.4). Prevalece la calificación que pivota sobre los artículos 319.2 y 338 por ser más grave. Así evitamos el *bis in ídem* que llevó a la Audiencia a eludir la aplicación del artículo 338; pero, al mismo tiempo, no arrinconamos ese precepto de forma improcedente haciéndolo inoperante en el ámbito urbanístico; ni lo reinterpretemos de forma reductora.

El incremento penológico del artículo 338 no ha de operar sobre el artículo 319.1. en tanto éste se refiere a «la construcción no autorizada en lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor ecológico», sino sobre el artículo 319.2.

Sucedirá entre el artículo 319.1 y el artículo 338, algo semejante, aunque con una solución concursal distinta a lo que sucede con los artículos 330 y 338. Aquél establece un incremento de pena en los supuestos del Capítulo III, cuando en «un espacio natural protegido se dañare gravemente a algunos de los elementos que hayan servido para calificarlo». En el artículo 330 la declaración de espacio natural protegido es un elemento normativo del tipo. Lógicamente, ese mismo elemento no puede ser posteriormente utilizado como factor determinante de una agravación. Si así se hiciera, se vulneraría el «non bis in ídem». Al igual que el artículo 330, el artículo 319.1 en los casos en que opere por virtud de los valores ecológicos, no será compatible con el artículo 338. Pero en el primer caso estaremos ante una relación de especialidad (prima el art. 330); en el segundo ante la alternatividad (el art. 338 desplaza al art. 319.1 CP).

(STS 124/2021, de 11 febrero)

## ARTÍCULO 354 CP

*Incendio forestal: se comete el delito cuando se inicia la combustión de algún material, arbustivo o similar, en montes o masas forestales por la aplicación del fuego procedente de alguna fuente externa, sin que exista propagación por la escasa significación del incendio producido.*

El artículo 354 CP sobre el que se conforma la acción imprudente castiga al que «prendiere fuego a montes o masas forestales sin que llegue a propagarse el incendio de los mismos». Se trata de una modalidad atenuada del tipo básico previsto en el artículo 352 CP, en la que algunos sectores doctrinales han querido ver un adelanto de las barreras punitivas con la tipificación de su tentativa. Sin embargo, el tenor literal del precepto no acompaña esa tesis excluyente del resultado, en cuanto que al describir la acción no solo habla el Código de prender fuego, lo que supone accionar cualquier mecanismo de ignición apto a tal fin, sino también que el mismo provoque un incendio que no llegue a propagarse. Son indiferentes las razones de esa falta de propagación, salvo que se debiera a la intervención sofocadora del autor, pues en tal caso tendría entrada la exención prevista en el artículo 354.2 CP a modo de desistimiento voluntario tributario de impunidad.

Lo relevante para el tipo que nos ocupa es que el incendio resultante no se extienda a otros puntos, lo que sugiere que el compromiso que el mismo implica para el bien jurídico protegido, el equilibrio medioambiental, no sea significativo, descartado, además, un peligro para la vida o la integridad física de las personas, o cualquiera de los supuestos de agravación que traerían a escena la aplicación de los artículos 351, 352 y 353 CP.

(...) En el caso que nos ocupa, la sentencia dictada en la instancia, al analizar la tipicidad de los hechos probados en consonancia con la acusación formulada, no esquivaba el obstáculo que supone que en el caso concreto el incendio, por el contrario de lo previsto en el artículo 354.1 CP, si llegara a propagarse, lo que salva por la vinculación inherente al principio acusatorio al ser esa la única calificación que se planteó por las partes acusadoras, con apoyo, se dice, en la doctrina de esta Sala que habría asimilado a la ausencia de propagación los supuestos en los que la misma fuera mínima (...).

No hemos localizado en nuestras bases de datos sentencia alguna de esta Sala que avale la afirmación antes aludida, ni en relación al artículo 354 CP en vigor, ni respecto a su precedente en el CP del 73, artículo 553 bis c). La referencia al Código anterior exige una aclaración. La actual redacción de los delitos de incendio forestal coincide con la que incorporó en aquél la LO 7/1987, que consagró el delito de incendio como tipo con sustantividad propia diferenciada de la de carácter patrimonial que lo derivaba hacia el de daños, e incorporó como categoría específica «los delitos de incendios forestales». La coincidencia, salvada la adaptación penológica, es total en el caso del actual 354 CP en relación al 553 bis c); prácticamente también en el caso del 352 vigente en relación al 553 bis a); y más acotada en el caso del artículo 353 CP actual en relación con el 553 bis b) del CP derogado, especialmente después de la modificación de que aquel fue objeto por efecto de la LO 1/2015.

(...) En conclusión, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala, la propagación excluye la aplicación del tipo previsto en el artículo 354 CP para proyectarse hacia el tipo básico del 352 CP. Lo que no significa que no existan casos límite en los que no resulte fácil determinar si esa propagación o dispersión del incendio ha llegado o no a producirse. Entre el momento en que el objeto incendiado combustiona autónomamente y aquel en el que puede claramente apreciarse su propagación, pueden surgir una serie de zonas difusas o fases intermedias. La pauta metodológica en esos casos, de cara a descartar la propagación que desplazaría la tipicidad hacia el artículo 352 CP no puede ser otra que la escasa significación del incendio producido.

(STS 317/2021, de 15 abril)

## ARTÍCULO 368 CP

*Contrabando para cometer tráfico de drogas: concurso medial de delitos. Tenencia de embarcación semirrígida utilizada para transporte de drogas con destino a la distribución entre terceros: no hay vulneración del non bis in idem.*

(...) Se trataría de un concurso medial de delitos cuando nos encontramos con la tenencia para el contrabando con la embarcación y, luego, y, además, la tenencia de la droga para el destino del tráfico. La admisión del concurso medial por el TSJ ha sido correcta. Lo uno facilita lo otro en su utilidad medial.

4. Existe desconexión que impide el concurso de normas y admite el medial cuando es otro el delito de contrabando en el que ya no coincide el objeto sobre el que recae la acción delictiva con el objeto del artículo 368 y 370.3 CP; es decir, cuando el objeto del delito de contrabando es la tenencia de una embarcación semirrígida extraordinariamente veloz, carente de titularidad y registro, desvinculada de cualquier actividad legal y destinada a la comisión de delitos varios contra la salud pública. Esta

utilidad y utilización permite que opere en relación medial para cometer y llevar a cabo el delito contra la salud pública.

5. La tenencia de la embarcación de las características del RDL16/2018 determinan la reubicación en compartimentos estancos y separables entre sí del delito de contrabando respecto del delito contra la salud pública. No cabe la absorción del contrabando en el tráfico de drogas.

(...)

7. Concorre el dolo exigido tanto para el delito de contrabando para cometer el delito de tráfico de drogas. Se reduplica el dolo.

8. Hay diferencia del bien jurídico protegido entre ambos delitos en relación de concurso medial:

- a) El interés fiscal del Estado. Intereses fiscales y aduaneros del Estado.
- b) La salud pública colectiva, que reclama su autonomía delictiva respecto del primero.

9. El objeto de ambos delitos es distinto:

- a) La embarcación que reúna las características del RDL 16/2018.
- b) Las sustancias estupefacientes.

10. El artículo 370.3 CP no determina la prohibición del *non bis in idem*. La cantidad de la droga determina la extrema gravedad por sí misma. Existe diferenciación en los bienes jurídicos protegidos.

(...)

11. Se admite por el TSJ como concurso medial como dos acciones, por la conexión instrumental de carácter objetivo que mediaría entre ambos delitos.

No cabe, pues, el pretendido concurso de normas o absorción del contrabando en el tráfico de drogas, porque este último no conlleva asumir o reunir la totalidad del injusto del hecho probado y el desvalor de la acción desplegada en el *modus operandi* con el empleo de los mecanismos utilizados para el transporte de la droga y la existencia de la embarcación fijada como tal en el RDL 16/2018 en relación a la Ley 12/1995 en actividades de contrabando y por sus características. De ser así se desnaturalizaría el contenido del RDL 16/2018 en los casos de existencia de un delito de tráfico de drogas, cuando concurren las circunstancias previstas en el RDL 16/2018.

Si así fuera quedarían impunes las conductas en las que por las características de la embarcación para el transporte e introducción de la droga permitiera calificar los hechos como contrabando. No se trataría de hablar de absorción, sino más bien de impunidad si se aplicara el pretendido artículo 8.3 CP. Se trata de conductas separables. Se trata esta cuestión de igual modo y con argumentos complementarios en el FD núm. 6 ante el planteamiento del otro recurrente.

(...) No existe vulneración del *non bis in idem* por sancionar el delito de contrabando por el empleo de embarcación y la extrema gravedad del artículo 370.3 CP. Nótese que la extrema gravedad del artículo 370.3 CP se aplica ya a la cantidad de droga aprehendida que transportaban los recurrentes y consta en los hechos probados (...).

(STS 906/2021, de 24 noviembre)

## ARTÍCULO 384 CP

*Conducción de vehículo sin haber obtenido el permiso: padre que facilita a su hijo menor de ocho años un vehículo de motor para que lo conduzca solo en aparcamiento abierto a la circulación viaria, creando un riesgo para el menor y para los demás posibles usuarios de la vía.*

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

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

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

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

No puede hablarse, así, de que en el caso concreto hay una mera «accesoriedad» a la acción llevada a cabo, por cuanto no existe un injusto culpable del menor. La conducta del recurrente es en sí misma delictiva, por cuanto no hay una mera participación accesoria, sino una autoría mediata en el desarrollo de una conducta que se despliega por el padre, al poner todos los medios al alcance del menor para que conduzca. Y sobre ello se ha podido defender el recurrente, siendo la cooperación una de las formas de autoría previstas en el artículo 28 CP.

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



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

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

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

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

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

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

(...)

3. La circunstancia de que el menor esté exento de responsabilidad penal no impide que el padre, que debió evitar que sucediera el hecho probado, sea el que per-

mite y ayude a que se perpetre, grabando, además, su comisión conduciendo el vehículo de motor, es decir, habiéndole permitido y ayudado el padre a que conduzca como lo hizo.

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

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

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

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

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

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

(...)

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

Ello se basa en que se aporta el vehículo, sin que el autor, en este caso el menor, no lo hubiera obtenido de otro modo (teoría de los bienes escasos), y pudo impedir el recurrente, como padre, la comisión del delito retirando su concurso (teoría del domi-

nio del hecho) con lo que el menor no hubiera podido llevar a cabo la conducta típica y antijurídica.

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

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

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

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

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

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

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

Debemos recordar, pues, que la autoría mediata, al igual que la autoría inmediata, es una forma de autoría principal. El autor mediato de un delito es el que realiza el tipo legal correspondiente empleando como instrumento a otra persona que actúa de

forma inconsciente a la trascendencia penal de lo que está haciendo como se reseña sobre esta forma de autoría.

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

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

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

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

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

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

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

(...)

8. En los casos generales en los que el conductor es mayor de edad, existe, además, relevancia penal de la cooperación necesaria en el delito de mera actividad o

de peligro. Así, apunta la doctrina a este respecto que la tipicidad objetiva en los delitos de mera actividad consiste en determinar si la conducta realizada está abarcada por el ámbito de lo prohibido normativamente. Para ello debe precisarse si, desde un punto de vista *ex ante*, una persona media situada en la posición del autor hubiese contado con la existencia de los elementos típicos.

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

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

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

(STS 314/2021, de 15 abril)

## ARTÍCULO 392 CP

*Falsedades: el permiso de conducir es un documento oficial que habilita para pilotar vehículos de motor y además tiene la consideración de documento de identidad.*

(...) es criterio con abundantes precedentes jurisprudenciales; y así la STS 300/1996, de 8 de abril señala que los permisos de conducir no sólo constituyen documento oficial sino que también son subsidiariamente un instrumento de identificación de la persona a cuyo favor se otorgan.

3. La reforma operada por LO 5/2010, introduce un segundo apartado en el artículo 392 CP, donde se sanciona con específica diferencia y mayor amplitud que

otras conductas de utilización de mistificados documentos, al que hiciere uso, a sabiendas, de un documento de identidad falso.

Ciertamente cuando el documento falso es utilizado por su falsificador, sólo se sanciona el hecho de la falsificación y no su utilización; en tradicional expresión jurisprudencial: «el uso del documento de identidad falso es absorbido por el de falsificación del mismo» (STS núm. 782/1990, de 6 de marzo, en interpretación del artículo 310 CP/1973, que sancionaba específicamente esta conducta de uso de documento de identidad falso).

Ello no evita que sean dos las infracciones delictivas derivadas del uso de documento falso por el propio falsificador; la falsificación se consume en el momento en que la maniobra falsaria es operada en el documento, con la *editio falsi*, siempre que medie la intención de introducir ese documento en el tráfico jurídico (vid. SSTS 483/2011 de 15 de noviembre o 723/2018 de 23 de enero de 2019); no se precisa el uso de los documentos falsificados para la consumación de la falsedad.

Pero si no concurre el delito de falsificación, desaparece el concurso y consecuentemente debe ser sancionado el antes absorbido delito de uso de documento de identidad falsificado.

Algún sector de la doctrina se refería al uso como «falsedad impropia» porque no es una conducta propiamente de falsificación, sino que se nos ofrece con posterioridad al hecho de falsificación misma y de manera independiente de ella».

Uso del documento falso que no resulta abarcado por la cosa juzgada declarada. El hecho de la falsificación documental del concreto permiso de conducción que contemplamos, no se reitera cada vez que se utiliza el mismo documento mistificado; en la primera ocasión se exterioriza la ideación de su destino y de ahí la consunción entre falsificación y uso; pero cada utilización ulterior de ese documento falso, siempre en relación a ese mismo documento falsificado, donde aparece el acusado como titular de un permiso de conducir que se dice expedido en Senegal, integra un ilícito penal adicional de uso de documento de identidad falso.

Cada utilización, cada exhibición ulterior a los agentes en cada una de esas fechas, deviene en nueva infracción delictiva. (...) Aun cuando en singular modo se considerara que el término «uso» debiera entenderse en la acepción que implica una práctica reiterada, plural, por costumbre, la existencia de los dos procesos precedentes donde ha resultado investigado el acusado, ha conllevado una ruptura jurídica de la actividad delictiva, el cese de la permanencia, continuidad, tracto continuado, o cualesquiera otras acciones que prolongadas en el tiempo caracterizan un tipo delictivo; y determina la necesidad de la ponderación *ex novo* de las conductas ulteriores; habrá un nuevo delito desconectado de la actividad previa, tras una ruptura jurídica en la actividad (vid. STS 724/2020, de 2 de febrero).

(STS 170/2021, de 25 febrero)

## ARTÍCULO 410 CP

*Desobediencia: miembro de la Mesa del Parlamento de Cataluña que desoye los requerimientos recogidos en la STC 259/2015, de 2 de diciembre sobre la ilegalidad del proceso soberanista, al admitir a trámite proposición de ley abiertamente inconstitucional y participar en otras actuaciones parlamentarias igualmente ilegales.*

El delito de desobediencia se comete cuando dolosamente se dejan de cumplir las prevenciones, órdenes y mandatos emanados de una autoridad, dictados en el ámbito de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido. Una

reiterada jurisprudencia de esta Sala ha interpretado el tipo penal del artículo 410 CP exigiendo que la orden emane de una autoridad competente, que sea una orden directa y terminante, dictada conforme a la legalidad, y que sea conocida por el sujeto obligado a cumplirla quien, de forma expresa, no cumple con obligación impuesta.

Dijimos en la sentencia 477/2020, de 28 septiembre, que el delito de desobediencia cometido por autoridad o funcionario se integra por los siguientes elementos:

a) La previsión, pronunciamiento o dictado de la sentencia o resolución procesal por un órgano judicial, o de una orden por autoridad o funcionario administrativo y que la sentencia, resolución u orden se haya dictado por órgano judicial o administrativo competente y con observancia de las normas procedimentales legales, y que la sentencia, resolución u orden conlleve una obligación de actuar de determinada forma o de no actuar, para ciertas autoridades o funcionarios, precisamente para que se logre la efectividad de la sentencia, resolución u orden. Este es el presupuesto jurídico administrativo del delito de desobediencia.

b) Que la autoridad o funcionario no desarrolle la actuación a que le obligue la sentencia u orden o despliegue la actividad que le prohíben tales resoluciones. El Código actual, en el artículo 410, como el anterior en el artículo 369, exige que la autoridad por funcionarios se nieguen abiertamente a dar cumplimiento al mandato obligatorio y la jurisprudencia de esta Sala ha equiparado a tal comportamiento la pasividad reiterada y actuación insistentemente obstaculizadora, y

c) El elemento subjetivo, que requiere el conocimiento del presupuesto jurídico extrapenal, es decir, de la obligación de actuar generada por la resolución del tribunal o del superior administrativo y el propósito de incumplir, revelado ya por manifestaciones explícitas, o implícitamente por el reiterado actuar opuesto al acatamiento de la orden, sin que se admita la posibilidad de comisión culposa del delito de desobediencia (SSTS 493/98, de 10 de junio; 415/1999, de 9 abril).

(...) En términos del Auto del Tribunal Constitucional 24/2017, la propuesta de ley de referéndum tenía un «contenido objetivamente contrario a la Constitución» y, por ende, a los mandatos recogidos en los requerimientos que se han reseñado en el hecho probado. (...) Este proyecto de ley fue presentado a Mesa el día 6 septiembre, pese a su registro el día 31 de julio, y en la reunión de la Mesa el Letrado mayor del Parlamento y el Secretario general del Parlamento emitieron un informe dirigido a los miembros de la Mesa en el que reiteraban el contenido de las Sentencias.

Autos y providencias dictadas por el Tribunal Constitucional indicando el deber de impedir o paralizar cualquier iniciativa, jurídico o material que directa o indirectamente suponga ignorar o eludir la nulidad declarada por el Tribunal Constitucional en las sentencias, autos y providencias que habrían sido notificadas expresamente al acusado. Hemos declarado probado que el acusado era plenamente consciente de que referéndum de autodeterminación contrariaba abiertamente la Constitución y las órdenes dictadas por el Tribunal Constitucional en varias resoluciones que le fueron notificadas personalmente y de las que había sido informado. No obstante, el acusado en su condición de miembro de la Mesa, llamado a calificar los escritos y documentos parlamentarios y admitirlos, o inadmitirlos, a trámite (art. 37 del Reglamento del Parlamento), votó favorablemente a la tramitación del proyecto de ley, desobedeciendo las obligaciones impuestas por el Tribunal Constitucional, órgano competente, para su disposición.

Documentalmente consta en las actas de las reuniones de la Mesa que esa proposición de ley fue incluida en el orden del día de la Mesa del 6 septiembre, pese a que había sido presentada en el registro 31 julio anterior y hubo reuniones de la Mesa

durante el mes de agosto. Que el acusado votó a favor de su admisión a trámite, pese a las advertencias de los Letrados y, también consta, que en la misma fecha el acusado votó en contra de tres reconsideraciones formuladas por sendos grupos parlamentarios que solicitaban la inadmisión a trámite de la mencionada ley.

Los requisitos que hemos señalado para el delito de desobediencia del artículo 410 CP, concurren en los hechos objeto del presente enjuiciamiento. No cabe duda de que el Tribunal Constitucional es el órgano competente, como intérprete supremo de la Constitución (art. 1 LOTC) y sus resoluciones deben ser obedecidas (...). Las resoluciones son claras y precisas. (...) El recurrente no ha discutido la función del Tribunal Constitucional en un Estado democrático de Derecho. A él se ha referido como el órgano jurisdiccional que tiene «la última palabra», sobre lo que era objeto de debate en el Parlamento de Cataluña y en su ánimo estaba el acatamiento a lo que dijera el Tribunal Constitucional, aunque pretendiera la modificación de la Constitución.

(...) Consecuentemente, sobre la naturaleza de autoridad y sobre la acomodación a la ley de las órdenes emanadas no hay duda, ni el acusado las expresa. Al contrario, reconoce la legitimidad y la actuación competente del Tribunal Constitucional. (...) El acusado no obedeció en los términos que le era exigible, desde el conocimiento de la obligación que tenía, y así se le había notificado, en un extremo que el acusado también conocía.

(...) Hemos declarado probado el conocimiento del acusado sobre la obligación de actuar generada por la decisión del Tribunal Constitucional (fue ampliamente informado del deber de actuar en el sentido requerido y así se le había notificado). Además consta el hecho de incumplir, revelado por manifestaciones explícitas de su voto, tanto al admitir a trámite la proposición de ley, abiertamente contraria a la Constitución y a las Sentencias que habían anulado los pronunciamientos que el Tribunal había suspendido y había anulado, como al rechazar las pretensiones de reconsideración, que se plantearon a la Mesa. En la fecha de la reunión de la Mesa, el Tribunal había comunicado y advertido la naturaleza inconstitucional de determinadas actuaciones parlamentarias del Parlamento de Cataluña y el deber de actuar en cumplimiento de las Sentencias dictadas para no proseguir en la inconstitucionalidad declarada. La desobediencia fue, consciente, reiterada en el voto de admisión a trámite y en las negativas a la reconsideración y el acusado no podía plantear, como sí lo hizo en otras ocasiones a las que nos referiremos, alternativas al cumplimiento de lo dispuesto en las resoluciones del Tribunal Constitucional. O acataba o desobedecía, no tenía otra alternativa, y optó por desobedecer.

(STS 301/2021, de 8 abril)

## ARTÍCULO 556.1 CP

*Desobediencia a agentes de la autoridad: es necesario un mandato expreso, concreto y terminante emanado de la autoridad o sus agentes dentro de sus competencias, que sea conocido por su destinatario, con una negativa patente a su cumplimiento, o se adopte una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo sin dar cumplimiento al mandato.*

El delito de desobediencia, previsto en el artículo 556 CP, como recuerda, por todas, nuestra sentencia número 560/2020, de 29 de octubre, supone una conducta,



decidida y terminante, dirigida a impedir el cumplimiento de lo dispuesto de manera clara y tajante por la autoridad competente (SSTS 1095/2009, de 6 de noviembre, 138/2010, de 2 de febrero). Son, por tanto, sus requisitos:

a) un mandato expreso, concreto y terminante de hacer o no hacer una específica conducta, emanado de la autoridad y sus agentes en el marco de sus competencias legales.

b) que la orden, revestida de todas las formalidades legales haya sido claramente notificada al obligado a cumplirla, de manera que éste haya podido tomar pleno conocimiento de su contenido, sin que sea preciso que conlleve, en todos los casos, el expreso apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia, caso de incumplimiento.

c) la resistencia, negativa u oposición a cumplimentar aquello que se le ordena, que implica que frente al mandato persistente y reiterado, se alce el obligado a acatarlo y cumplirlo con una negativa franca, clara, patente, indudable, indisimulada, evidente o inequívoca (STS 263/2001, de 24 de febrero) si bien aclarando que ello ha de interpretarse de manera contundente y explícita, empleando frases o realizando actos que no ofrezcan dudas sobre la actitud desobediente, sino que también puede existir cuando se adopte una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo sin dar cumplimiento al mandato, es decir, cuando sin oponerse o negar el mismo tampoco realice la actividad mínima necesaria para llevarlo a cabo, máxime cuando la orden es reiterada por la autoridad competente para ello, o lo que es igual, cuando la pertinaz postura de pasividad se traduzca necesariamente en una palpable y reiterada negativa a obedecer (STS 485/2002, de 14 de junio). O lo que es lo mismo, este delito se caracteriza no solo porque la desobediencia adopte en apariencia una forma abierta, terminante y clara, sino que también es punible «la que resulta de pasividad reiterada o presentación de dificultades y trabas que en el fondo demuestran su voluntad rebelde» (STS 1203/97, de 11 de octubre).

Conviene tener presente –así lo precisábamos también en la STS 54/2008, de 8 de julio– que una negativa no expresa, que sea tácita o mediante actos concluyentes, puede ser tan antijurídica como la expresa y directa. El carácter abierto o no de una negativa no se identifica con la proclamación expresa, por parte del acusado, de su contumacia en la negativa a acatar el mandato. Esa voluntad puede deducirse, tanto de comportamientos activos como omisivos, expresos o tácitos.

Sin embargo, lo cierto es que el relato de hechos probados de la sentencia que es ahora objeto de recurso (...) no concreta que el acusado recibiera, fuera destinatario de orden alguna. En hipótesis, cabría considerar como fuente del mandato pretendidamente desobedecido bien el que procedería de los propios agentes, bien el que directamente derivaba de las instrucciones dictadas por la Fiscalía. Sucede, sin embargo, que en el relato de hechos probados que contiene la sentencia dictada por la Audiencia Provincial no se realiza alusión o referencia alguna a que los agentes emitieran alguna orden dirigida al ahora acusado. Antes al contrario, se describe que fue él mismo quien se dirigió a los agentes para instarles a que devolvieran el material intervenido. Ellos, los agentes, se negaron, explicando precisamente que se hallaban en el cumplimiento de la orden emitida por la Fiscalía, momento en el que el acusado «so pretexto» de que ellos eran meros agentes dependientes orgánicamente de la Alcaldía de Badalona y que «él era el único responsable», resolvió abrir la puerta del vehículo, recuperar los carteles y entregarlos a las personas que inicialmente los portaban, sin que haya constancia de que por parte de los agentes se le dirigiese orden alguna para que se abstuviera de hacerlo o de que se tratara de impedir dicha conducta de ningún modo.

Tal vez, por eso, el Ministerio Público parece identificar en su recurso como la fuente de la orden incumplida las tan citadas instrucciones de la Fiscalía. Sin embargo, y nuevamente conforme resulta del relato de hechos probados, la dictada por la Ilma. Sra. Fiscal Jefe de Barcelona (Instrucción 1/2017), complementaria de la 2/2017, dictada por el Excmo. Fiscal Superior de Cataluña, tenía por destinatarios a los Mossos de Escuadra, a fin de que los jefes de las respectivas unidades de policía judicial se dirigieran por escrito a todos los jefes de las policías locales de cada demarcación o territorio para que, con el propósito de evitar la consumación o agotamiento de los delitos, procedieran directamente a adoptar las medidas conducentes a intervenir los efectos o instrumentos destinados a preparar o celebrar el referéndum ilegal, urnas, sobres electorales, manuales de instrucción para los miembros de las mesas electorales, impresos electorales, propaganda electoral, elementos informáticos, así como cualquier otro material de difusión, promoción o ejecución del referéndum.

No estamos aquí, como se ha anticipado *supra*, en el trance de determinar si el acusado protagonizó o no dolosamente su comportamiento, ni tampoco, desde luego, ante un aspecto relacionado con el derecho fundamental a la presunción de inocencia o a las exigencias derivadas del principio *in dubio pro reo*; extremos, todos ellos, a los que de manera confusa se refiere la sentencia recurrida como fundamento de su decisión. Sin embargo, dicha sentencia debe ser confirmada, aunque por razones sustancialmente diversas. En efecto, el precepto contemplado por el artículo 556 del Código Penal, tiene naturaleza de delito especial, en el sentido de que resulta restringido el círculo de sus posibles sujetos activos, no cualquiera puede cometerlo. Se precisa para ello que nos encontremos ante el destinatario de una orden, procedente de la autoridad o de sus agentes (respetando las formalidades legales y con competencia para emitirla) y, sin embargo, la desobedezca gravemente. Es claro aquí que el acusado conocía, en sustancia, el sentido de las órdenes contenidas en las Instrucciones de la Fiscalía, del que había sido informado por los propios agentes. Instrucciones con relación a las cuales, además, la alcaldesa de la Corporación había enviado un escrito a la Fiscalía Provincial de Barcelona «interesando que la dejara sin efecto respecto a la intervención de la policía local». Y es claro también que la actuación del acusado, en los términos en los que aparece descrita en la resolución impugnada, dificultó gravemente o impidió a los agentes, de una forma plenamente consciente, el cumplimiento de lo que a ellos les había sido ordenado. (...) conocía la existencia de la orden, de la que sin embargo no era destinatario, y actuó con pleno conocimiento y voluntad de que su conducta frustraría el cumplimiento de lo ordenado. Tal vez quiso desobedecer, entendido este concepto en un sentido vulgar o genérico, pero penalmente no pudo hacerlo porque ninguna orden le había sido dirigida. En otro plano, y dicho a efectos de que mejor pueda ser comprendido lo que queremos decir, no es infrecuente, en particular aunque no exclusivamente en el período de la adolescencia, observar cómo determinadas personalidades buscan su reafirmación impostando una rebeldía que, en realidad, no vulnera mandato alguno. Quieren infringir, aunque no haya orden que infringir.

Resulta necesario concluir, sin embargo, que ni los agentes mismos, ante la actitud del acusado, emitieron orden ninguna destinada a él para que depusiera su actitud, —como, acaso, habrían hecho de no tratarse de un edil de la corporación—; ni tampoco las instrucciones emitidas por la Fiscalía tenían a (...) como destinatario. Por eso, la conducta de éste, contemplada aquí lógicamente inscrita en el ámbito referencial del delito de desobediencia, único por el que se formula acusación, solo puede considerarse atípica, habida cuenta de que para desobedecer una orden en los términos referidos en el citado artículo 556 del Código Penal, es preciso primero que la misma exista y tenga por destinatario al sujeto activo, lo que aquí no sucedió.

A efectos meramente ilustrativos o dialécticos, acaso podría contemplarse idealmente la figura de la inducción a la desobediencia, para el caso de que se hubiera entendido que el acusado hizo nacer en los agentes, estos sí destinatarios de la orden recibida, la voluntad de desatenderla. Sin embargo, ni lo primero ni lo segundo fluye del relato de hechos probados. Más dudosamente podría haberse reflexionado acerca de la posibilidad de cometer esta clase de delitos a través de la figura de la autoría mediata, que se contempla en el propio artículo 28 del Código Penal y que, en todo caso, requeriría que los autores inmediatos (en tal hipótesis los agentes) hubieran actuado de un modo no culpable, por ejemplo, bajo la causa de exculpación contemplada en el artículo 20.6 del Código Penal. Mas, es claro que ni tales hipótesis fluyen o pueden construirse a partir del relato de hechos probados (ni del contenido en la sentencia ahora recurrida ni del que se incorporó a la dictada por el Juzgado de lo Penal), ni se contenían tampoco explícitamente en el escrito de acusación.

Ciertamente, y como ya se ha dicho, el acusado conocía la orden emitida por la Fiscalía en el ejercicio de sus funciones y actuó con el propósito de obstruir su cumplimiento, invocando para ello su condición de tercer teniente de Alcalde de Badalona y confiado en la influencia que aquélla podría tener en la reacción (en la falta de reacción) de los agentes de la guardia urbana (...). Dicha conducta desprende, claro es, el aroma de lo antijurídico, de lo opuesto al Derecho. Sin embargo, en el marco de esta modalidad, particularmente angosta, del recurso de casación y en los límites del único motivo que la autoriza (...), se concreta aquí nuestra función en valorar si los hechos que se declaran probados en la sentencia impugnada, pétreos ya y en todo inmodificables, admiten ser o no subsumidos en el único tipo penal invocado por la acusación (el delito de desobediencia, contemplado en el artículo 556 del Código Penal). Entendemos, por lo ya explicado, que, siempre con respecto al mencionado tipo penal, único marco de referencia atendible aquí, la conducta es atípica.

(STS 187/2021, de 3 marzo)

